

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37581>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

M.M. Stolp

Ontbinding, schadevergoeding en nakoming

De remedies voor wanprestatie
in het licht van de
beginselen van subsidiariteit
en proportionaliteit

Ter nagedachtenis aan mijn grootouders Kuikenga-De Lang

ONTBINDING, SCHADEVERGOEDING EN NAKOMING

De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit

Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de Rechtsgeleerdheid

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Radboud Universiteit Nijmegen
op gezag van de rector magnificus prof. dr. C.W.P.M. Blom,
volgens besluit van het College van Decanen
in het openbaar te verdedigen op donderdag 5 april 2007
om 15.30 uur precies

door

Myrthe Marije Stolp

geboren op 18 januari 1972
te Heemstede

promotor:

prof. mr. A.S. Hartkamp

manuscriptcommissie:

prof. mr. drs. C.H. Sieburgh

prof. mr. S.C.J.J. Kortmann

prof. mr. M.H. Wissink (Rijksuniversiteit
Groningen)

Inhoudsopgave

Deel I	INLEIDING EN BEGRIPSBEPALING	1
1	Inleiding	3
1 1	Het arsenaal van remedies voor wanprestatie	3
1 2	Doel van het onderzoek	4
1 3	De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit inhoud en betekenis	6
1 4	Toepasselijkheid van de beginselen in het (civiele) contractenrecht	8
1 5	Het onderscheid tussen hoofdremedie en aanvullende remedie	11
1 6	Afbakening en werkwijze	12
1 7	Plan van behandeling	14
2	De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit: inhoud en betekenis	17
2 1	Inleiding	17
2 2	De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het strafprocesrecht	17
2 2 1	Strafoplegging	18
2 2 2	Dwangmiddelen	20
2 2 3	De bevoegdheid tot geweldgebruik	22
2 2 4	Beslissingen omtrent de vervolging	23
2 3	De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het strafrecht	24
2 3.1	Noodweer	25
2 3.2	Noodweerexces	27
2 3.3	Overmacht	29
2 3.4	Intermezzo	30
2 4	Tussenconclusie	31
2 5	De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het bestuursrecht	32
2 5.1	Het opleggen van sancties	33
2 5.2	Overig bestuurshandelen	37
2 5.3	Art 3 4 lid 2 Awb	38
2 6	Conclusie inhoud en betekenis van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit	40

Deel II	SUBSIDIARITEIT	45
A	EXTERNE SUBSIDIARITEIT	47
3	De verhouding van ontbinding tot nakoming	49
3 1	Inleiding	49
3 2	Hoofdregel ontbinding subsidiair aan nakoming	49
3 3	Uitzonderingen op de hoofdregel	51
3 3 1	Blijvende onmogelijkheid van nakoming (art 6 265 lid 2)	51
3 3 2	Het probleem van bijkomende schade en de schadevergoedingsremedie	56
3 3 3	Bijkomende schade en ontbinding geen 'klakkeloze' uitzondering op de hoofdregel	57
3 3 4	Tijdelijke onmogelijkheid van nakoming (art 6 265 lid 2)	61
3 3 5	Houding van de schuldenaar (art 6 82 lid 2)	66
3 3 6	Fatale termijn (art 6 83 sub a)	68
3 3 7	Mededeling van de schuldenaar (art 6 83 sub c)	72
3 3 8	Overige gevallen	73
3 4	Mogelijkheden voor opeisbaarheid (art 6 80 lid 1)	81
3 5	Tussenconclusie	84
3 6	De verhouding van ontbinding ex art 7 22 tot nakoming	87
3 7	De vorderingen tot aflevering van het ontbrekende en tot opheffing van een last of beperking	92
3 8	De uitzonderingen uit de verzuimregeling	93
3 9	Het zuiveringsaanbod	96
3 10	Tot slot	97
4	De verhouding van schadevergoeding tot nakoming	99
4 1	Inleiding	99
4 2	De verhouding van <i>vervangende</i> schadevergoeding tot nakoming	100
4 3	De verhouding van <i>aanvullende</i> schadevergoeding tot nakoming	108
4 3 1	Vergoeding van bijkomende schade	109
4 3 2	Vergoeding van vertragingsschade	111
4 4	Mogelijkheden voor opeisbaarheid (art 6 80)	115
4 5	Het belang van de verschillende schadevergoedingsmogelijkheden	117
5	De verhouding van ontbinding tot schadevergoeding	119
5 1	Inleiding	119
5 2	Art 6 265 lid 1 in het licht van de wetsgeschiedenis	120
5 3	De opvattingen in de literatuur	122
5 3 1	Ontbinding versus nakoming met <i>aanvullende</i> schadevergoeding de heersende leer	122
5 3 2	Aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding na ontvangst van een ontbindingsverklaring	124

5 3 3	Aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding na het instellen van een ontbindingsvordering	126
5 3 4	Bakels het beginsel van het redelijk alternatief	128
5 3 5	Hartlief het vereiste van een wezenlijke tekortkoming	129
5 3 6	De moderne benadering	131
5 3 7	Hammerstein en Vranken introductie van de remedie tot wijziging van de overeenkomst	132
5 3 8	Tegenstanders	134
5 4	De rechtspraak	136
5 5	Art 6 265 lid 1 keuzevrijheid	139
5 6	Verhouding ontbinding tot nakoming met <i>aanvullende</i> schadevergoeding het belang van de rechtszekerheid	140
5 7	Verhouding ontbinding tot <i>vervangende</i> schadevergoeding	143
5 7 1	Vervangende schadevergoeding als equivalent van ontbinding geen minder vergaande remedie	144
5 7 2	Vervangende schadevergoeding als equivalent van (wederzijdse) nakoming het belang van de rechtszekerheid	147
5 7 3	Vervangende schadevergoeding en de tekortkoming in de nakoming van een ruilovereenkomst	148
5 8	Ontbinding en het externe subsidiariteitsbeginsel een korte schets	149
B	INTERNE SUBSIDIARITEIT	151
6	De verhouding van algehele ontbinding tot gedeeltelijke ontbinding	153
6 1	Inleiding	153
6 2	De wetsgeschiedenis begripsverwarring	154
6 3	Het beeld in de rechtspraak	158
6 4	Kritiek in de literatuur	161
6 4 1	De moderne benadering	162
6 5	Steun voor het recht op algehele ontbinding	168
6 6	Intermezzo	169
6 7	Het belang van een expliciete toetsing aan het (interne) subsidiariteitsbeginsel Een aantal vuistregels	170
7	De verhouding van volledige schadevergoeding tot gedeeltelijke schadevergoeding	175
7 1	Inleiding	175
7 2	Volledige of gedeeltelijke <i>vervangende</i> schadevergoeding gelijkenis met ontbinding	176
7 2 1	Een aantal vuistregels	181
7 3	De bijzondere aard van <i>aanvullende</i> schadevergoeding	183
8.	De verhouding tussen verschillende wijzen van nakoming	185
8 1	Inleiding	185
8 2	Het bijzondere karakter van nakoming	185

8 3	De nakomingsvorderingen van art 7 20-21	188
8 4	De ‘algemene’ nakomingsvordering en art 3 296 lid 1	195

Deel III PROPORTIONALITEIT 201

9 Proportionaliteit van ontbinding 203

9 1	Inleiding	203
9 2	Het proportionaliteitsbeginsel en de wetsgeschiedenis	204
9 3	Hantering van de tenzij-clausule in de rechtspraak	207
9 4	Een aantal gezichtspunten	210
9 5	Eenstemmigheid in de literatuur	215
9 6	De ‘vangnet-functie’ van het proportionaliteitsbeginsel	217

10 Proportionaliteit van schadevergoeding 221

10 1	Inleiding	221
10 2	Proportionaliteit van <i>vervangende</i> schadevergoeding	221
10 3	Proportionaliteit van <i>aanvullende</i> schadevergoeding	225

11 Proportionaliteit van nakoming 233

11 1	Inleiding	233
11 2	Absolute en relatieve onmogelijkheid van nakoming	234
11 3	De maatstaven van redelijkheid en billijkheid HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou)	238
11 4	Intermezzo nakoming en het externe subsidiariteitsbeginsel	242
11 5	De invloed van het proportionaliteitsbeginsel	245
11 6	De nakomingsvorderingen van art 7 20-21	248
11 7	Tot slot een wettelijke regeling voor de remedie van nakoming	255

Deel IV SLOTBESCHOUWING 259

12 Conclusie 261

12 1	Inleiding	261
------	-----------	-----

I De onderlinge verhouding tussen de remedies van ontbinding schadevergoeding en nakoming de invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel 262

12 2	Belang van het onderscheid tussen hoofdremedie(s) en aanvullende remedie	262
12 3	Hoofdregel nakoming is de primaire remedie	263
12 4	Uitzonderingen op de hoofdregel	264
12 4 1	Nakoming vormt geen afdoende remedie	264
12 4 2	‘Ware’ uitzonderingen	265
12 4 3	Nakoming is disproportioneel	267

12 5	Een wettelijke regeling voor de remedie van nakoming	268
12 6	Omslagpunt het externe subsidiariteitsbeginsel uitgewerkt	269
12 7	Aanvullende schadevergoeding nimmer subsidiair aan nakoming	271
12 8	De verhouding van ontbinding tot vervangende schadevergoeding	273
<i>II De verhouding tussen de verschillende wijzen van uitoefening van een remedie de invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel</i>		275
12 9	De verhouding tussen verschillende wijzen van nakoming	275
12 10	De wijze van uitoefening van de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding	276
12 11	De wijze van uitoefening van de aanvullende schadevergoedingsremedie	278
<i>III De invloed van het proportionaliteitsbeginsel</i>		279
12 12	Een 'vangnet-functie'	279
Summary		283
Lijst van aangehaalde literatuur		291
Rechtspraakregister		301
Curriculum vitae		305

Deel I

Inleiding en begripsbepaling

1.1 Het arsenaal van remedies voor wanprestatie

Ontbinding, schadevergoeding en nakoming Zoals de titel van het boek al aangeeft, gaat het in deze studie om de remedies die aan een contractant toekomen ter opheffing van het nadeel dat hij lijdt doordat de wederpartij jegens hem wanprestatie pleegt Wanneer bedacht wordt dat de genoemde remedies op verschillende wijzen en in een aantal combinaties kunnen worden uitgeoefend, wordt het remediearsenaal waarover de getroffen contractant beschikt tamelijk omvangrijk Zo zijn de volgende mogelijkheden denkbaar

- 1 ontbinding, algeheel óf gedeeltelijk,
- 2 algehele of gedeeltelijke ontbinding gecombineerd met aanvullende schadevergoeding,
- 3 schadevergoeding ter algehele óf gedeeltelijke vervanging van de toegezegde prestatie,
- 4 algehele of gedeeltelijke vervangende schadevergoeding in combinatie met aanvullende schadevergoeding,
- 5 nakoming voor het geheel óf nakoming voor het niet (behoorlijk) nagekomen gedeelte,
- 6 algehele of gedeeltelijke nakoming in combinatie met aanvullende schadevergoeding

Maar, zo zou men wellicht kunnen denken, wordt niet uit het oog verloren dat de schuldeiser ingeval van wanprestatie evenzeer beschikt over de mogelijkheid tot opschorting? Ook in de literatuur wordt opschorting vaak in één adem met ontbinding, schadevergoeding en nakoming genoemd Daarmee zou de getroffen schuldeiser over nóg meer keuzemogelijkheden beschikken

De opschortingsbevoegdheid valt evenwel buiten het bestek van deze studie Dit heeft te maken met het feit dat zij niet valt aan te merken als een ‘remedie’ voor wanprestatie Anders dan ontbinding, schadevergoeding en nakoming, kent opschorting namelijk géén nadeelopheffend karakter Wanneer de schuldeiser de nakoming van zijn eigen verbintenis (tijdelijk) opschort, blijft hij immers met het door de wanprestatie veroorzaakte nadeel zitten Het belang van de opschortingsbevoegdheid is veeleer erin gelegen dat zij zorgt voor een soepele werking van het remediearsenaal, als was zij daarvoor de smeerolie Zo kan opschorting enerzijds dienen als pressiemiddel om de wederpartij tot (behoorlijke) nakoming aan te sporen, terwijl zij anderzijds een

vorm van zekerheid verschaft, nu de schuldeiser zich door opschorting kan indekken tegen het risico dat de wederpartij definitief in gebreke blijft en insolvelabel wordt. Hoewel de opschortingsbevoegdheid voor de teleurgestelde schuldeiser dus wel degelijk van belang kan zijn, is voor deze studie evenwel cruciaal dat opschorting geen remedie voor wanprestatie vormt en derhalve geen onderdeel uitmaakt van het remediearsenaal.

Het bovenstaande verklaart ook waarom ik in verband met ontbinding, schadevergoeding en nakoming in het vervolg met name de term ‘remedie’ hanteer. Evengoed zou gesproken kunnen worden van ‘bevoegdheid’. Mijn voorkeur gaat evenwel uit naar het begrip ‘remedie’, omdat het duidelijker dan het (ruimere) begrip ‘bevoegdheid’ aangeeft dat het hier gaat om middelen *tot opheffing* van een als verkeerd of ongewenst beschouwde toestand.¹

1.2 Doel van het onderzoek

Als gezegd, beschikt de teleurgestelde contractant door de stapeling van de genoemde remedies, de verschillende wijzen van uitoefening ervan en de verschillende combinaties over een tamelijk omvangrijk arsenaal. Voor de tekortschietende wederpartij betekent dit het volgende.

Ten eerste kan toepassing van de ene remedie voor haar verdergaande consequenties hebben dan toepassing van een andere. Hoewel dit in een concreet geval anders kan liggen, wordt naar geldend recht omtrent de ingrijpendheid van de remedies in het algemeen het volgende aangenomen.² Van ontbinding wordt gesteld dat zij doorgaans valt aan te merken als de voor de tekortschietende schuldenaar meest vergaande remedie. Ontbinding heeft immers tot gevolg dat partijen bevrijd raken van hun door de overeenkomst ontstane verbintenissen, en dat voor zover de overeenkomst reeds is nagekomen, ongedaanmaking van de verrichte prestatie(s) moet plaatsvinden (art. 6:271). Ontbinding maakt dus niet alleen voorgoed een einde aan de overeenkomst, maar poetst ook het verleden weg. Daarentegen kent de remedie van nakoming in het merendeel van de gevallen het minst ingrijpende karakter; in dat geval wordt van de schuldenaar ‘slechts’ verlangd dát te verrichten waartoe hij zich van meet af aan heeft verbonden. De schadevergoedingsremedie ligt qua ingrijpende gevolgen ‘ergens’ tussen deze remedies in. Evenzo kan de ene wijze van uitoefening van een remedie voor de tekortschietende schuldenaar belastender zijn dan een andere wijze van uitoefening. Denk bijvoorbeeld maar aan de gevolgen van algehele ontbinding in verhouding tot die van gedeeltelijke ontbinding. Hetzelfde geldt voor de combinatie van remedies; zo zal de ‘loutere’ ontbinding, vervangende schadevergoeding of nakoming het belang van de schuldenaar minder zwaar treffen dan wanneer deze remedies worden gecombineerd met aanvullende schadevergoeding.

1 Dit is de omschrijving die Van Dale geeft van ‘remedie’

2 Aan de mogelijkheid van uitzonderingen op de veronderstelde volgorde van ingrijpendheid van de remedies wordt in deze studie overigens wel aandacht geschonken, zie § 1.7

Welnu, voor de tekortschietende wederpartij is het (uiteraard) van groot belang dat uit het remediarsenaal de voor haar minst ingrijpende oplossing gekozen wordt. Daarmee rijst de vraag of de getroffen contractant volledige vrijheid geniet bij zijn keuze tot toepassing van een bepaalde (combinatie van) remedie(s) dan wel tot toepassing van een bepaalde wijze van uitoefening van een remedie. Of is deze vrijheid begrensd? En zo ja, in hoeverre?

Raadpleging van de literatuur leert dat alom wordt aangenomen dat naar geldend recht de teleurgestelde schuldeiser (in grote mate) vrij is in zijn keuze uit het voor wanprestatie bestemde remediarsenaal.³ Dit uitgangspunt van keuzevrijheid is in de loop der tijd door steeds meer schrijvers met kritiek overgoten, inmiddels kan gesproken worden van een stroming in de literatuur, door mij aangeduid als 'de moderne benadering'.⁴ Het gemeenschappelijk en bindend element binnen deze stroming is het pleidooi om de keuzevrijheid van de schuldeiser aan banden te leggen en het belang van de tekortschietende schuldenaar meer op de voorgrond te plaatsen. De aanhangers van de moderne benadering baseren zich daarbij op het in het contractenrecht geldende principe dat partijen bij de uitoefening van een bevoegdheid rekening (moeten) houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, alsmede op de voor het huidige BW zo kenmerkende relativiseringsgedachte die erop neerkomt dat voorkomen moet worden dat sancties verdere gevolgen hebben dan strikt noodzakelijk is.

Met het oog op deze problematiek heeft dit onderzoek ten doel aan te tonen (i) dat de in de literatuur heersende opvatting dat naar geldend recht de teleurgestelde schuldeiser (in grote mate) keuzevrijheid geniet, onjuist is nu zij niet strookt met het systeem van de wet. Zo zal duidelijk worden gemaakt dat, anders dan tot nu toe wordt aangenomen, aan het remediarsenaal een zekere ordening ten grondslag ligt. In het verlengde hiervan beoogt deze studie aan te tonen (ii) dat de beperkingen dan wel nuanceringen die in de moderne benadering op de – veronderstelde – keuzevrijheid worden bepleit, grotendeels (reeds) in het wettelijk stelsel besloten liggen.

Het aantonen van de onder (i) en (ii) genoemde stellingen, het doel van dit onderzoek, wordt in het navolgende gerealiseerd door een analyse van de remedies voor wanprestatie aan de hand van de uit het straf-, strafproces- en het bestuursrecht afkomstige beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Voor deze subsidiariteits- en proportionaliteitsanalyse heb ik gekozen nadat mij duidelijk was geworden dat wanneer een rechthebbende in het straf-, strafproces- en het bestuursrecht ter behartiging van een bepaald belang de beschikking heeft over en kan kiezen uit een arsenaal aan bevoegdheden, een belangenafweging plaatsvindt aan de hand van deze beginselen. Hantering van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, zo bleek mij na onderzoek van de genoemde rechtsgebieden, maakt de te verrichten belangenafweging niet alleen inzichtelijker en transparanter, maar zorgt tevens ervoor dat zij zuiver en op een evenwichtige wijze plaatsvindt. Bovendien kan het analyseren van een arsenaal aan bevoegdheden/remedies op grond van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een zekere ordening aan het licht brengen.

3 Zie in plaats van velen Asser-Hartkamp II 2005, nr. 521.

4 Zie hierover nader § 5.3 § 6.4 en § 9.5.

Juist met het oog op deze, uit het onderzoek van het straf(proces)- en bestuursrecht gebleken, betekenis van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, ben ik nagegaan in hoeverre deze beginselen (ook) van waarde zouden kunnen zijn voor het remediarsenaal voor wanprestatie. Immers, ook in het civiele contractenrecht geldt dat een belangenafweging moet worden verricht als het gaat om de keuze uit een arsenaal aan bevoegdheden/remedies. Zoals de aanhangers van de moderne benadering terecht aanvoeren, moet men (ook) in het contractenrecht bij een bevoegdheidsuitoefening tot op zekere hoogte rekening houden met de belangen van anderen die erbij zijn betrokken of erdoor kunnen worden geraakt.⁵ Met andere woorden: de vrijheid wordt slechts erkend voorzover verenigbaar met de vrijheid van een ander.⁶

Ten aanzien van de vraag wat nu precies onder de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit moet worden verstaan – de begripsbepaling – geldt dat ik, zoals ik al aangaf, mij heb laten inspireren door het straf-, strafproces- en het bestuursrecht. De verantwoording van de begripsbepaling vindt dan ook plaats in hoofdstuk 2 dat de inhoud en betekenis van de beginselen in de genoemde rechtsgebieden tot onderwerp heeft. Om evenwel te voorkomen dat het tweede hoofdstuk tot ‘verplichte kost’ wordt voor een goed begrip van deze studie, heb ik ervoor gekozen reeds in het inleidende hoofdstuk aan te geven wat door mij onder de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit wordt verstaan.

1.3 De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit: inhoud en betekenis

In het strafproces-, straf- en bestuursrecht geldt, ik gaf het hiervoor al aan, dat als een rechthebbende de beschikking heeft over en kan kiezen uit een arsenaal aan bevoegdheden, een belangenafweging wordt verricht. Zo wordt het met de gekozen bevoegdheid te dienen belang (het doel) afgewogen tegen het met de bevoegdheid te schaden belang (gevolgen). Deze doel-middelafweging vindt plaats aan de hand van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.

Het subsidiariteitsbeginsel brengt in de genoemde rechtsgebieden mee dat de toepassing van een bepaalde bevoegdheid pas gerechtvaardigd is als er géén minder vergaand alternatief bestaat waarmee het te dienen belang (het doel) evengoed kan worden bereikt. Het subsidiariteitsbeginsel vereist dus dat uit het arsenaal van beschikbare bevoegdheden *de minst vergaande bevoegdheid* wordt gekozen, mits zij het beoogde belang (het doel) evengoed kan dienen als de meer ingrijpende bevoegdheid (of bevoegdheden). Is op dit niveau aan het subsidiariteitsbeginsel voldaan, dan is het beginsel in de aangehaalde rechtsgebieden vervolgens van invloed bij het bepalen van de wijze van uitoefening van de in aanmerking komende bevoegdheid. Het subsidiariteitsbeginsel vereist namelijk in de tweede plaats dat *de minst ingrijpende*

5 Zie voor de ontwikkeling van deze gedachte Bakels 1993, p. 37-47. Vgl. voorts HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m nt LEHR (Baris/Riezenkamp), waar deze eis in de fase van de totstandkoming van de overeenkomst wordt gesteld.

6 Aldus Nicuwenhuis 1999, p. 30. Zie reeds eerder in deze zin Eggen 1959, p. 120.

wijze van uitoefening van de bevoegdheid wordt gekozen, althans zolang daarmee het beoogde belang afdoende kan worden gediend. Aldus blijkt dat 'het minder vergaande alternatief' kan bestaan uit een andere, minder ingrijpende, bevoegdheid maar ook uit een andere, minder verstrekkende, wijze van uitoefening van de (gekozen) bevoegdheid. Het subsidiariteitsbeginsel kent derhalve een werking op twee niveaus (i) in het algemeen als voorwaarde voor het kunnen uitoefenen van een bevoegdheid en ter afbakening van andere bevoegdheden en (ii) meer in het bijzonder ten aanzien van de verschillende wijzen van uitoefening van een bepaalde bevoegdheid. In het vervolg duid ik dit aan als de *externe* werking (i) resp. de *interne* werking (ii) van het subsidiariteitsbeginsel.

Vervolgens wordt de gekozen (wijze van uitoefening van de) bevoegdheid in het straf(proces)- en het bestuursrecht nog getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel brengt mee dat er geen onevenredigheid mag bestaan tussen het met de bevoegdheid te dienen belang (het doel) enerzijds en het daardoor te schaden belang (de gevolgen) anderzijds. Kort gezegd vergt het proportionaliteitsbeginsel dus dat het te dienen belang moet opwegen tegen het te schaden belang.

Nu zou men zich kunnen afvragen in hoeverre deze afzonderlijke proportionaliteits-toetsing nog betekenis heeft náást de subsidiariteitstoetsing. Gesteld zou namelijk kunnen worden dat (de externe en de interne werking van) het subsidiariteitsbeginsel in het proportionaliteitsbeginsel besloten ligt. Zo is de uitoefening van een bevoegdheid niet proportioneel zolang met een andere, minder vergaande bevoegdheid het te dienen belang evengoed kan worden bereikt (de externe werking van het subsidiariteitsbeginsel). Immers, in dat geval zal het met de bevoegdheid te dienen belang niet opwegen tegen het daardoor te schaden belang. Evenzo zal sprake zijn van disproportionaliteit als een minder vergaande wijze van uitoefening van de bevoegdheid het beoogde belang genoegzaam kan dienen (de interne werking van het subsidiariteitsbeginsel). Ook dan geldt immers dat het te dienen belang de nadelige gevolgen van de gekozen wijze van uitoefening niet zal rechtvaardigen. Goed beschouwd ziet het externe subsidiariteitsbeginsel dus op de proportionaliteit van de gekozen bevoegdheid in verhouding tot andere bevoegdheden, en het interne subsidiariteitsbeginsel op de proportionaliteit van de wijze van uitoefening van de bevoegdheid.

Niettemin is denkbaar dat de (wijze van uitoefening van de) bevoegdheid, hoewel vanuit extern en intern subsidiariteitsoogpunt gerechtvaardigd, toch niet door de beugel kan omdat een ander hierdoor (alsnog) onevenredig zwaar in zijn belang wordt getroffen. De gekozen (wijze van uitoefening van een) bevoegdheid kan derhalve afketsen op proportionaliteitsoverwegingen die niet zijn terug te voeren op het (externe of interne) subsidiariteitsbeginsel. Nu toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel 'in strikte zin' dus wel degelijk betekenis kan hebben náást de subsidiariteitstoetsing,

is zij voor een evenwichtige belangenafweging onmisbaar en wordt zij in de genoemde rechtsgebieden (terecht) afzonderlijk vereist.⁷

Omwille van de duidelijkheid wil ik over het onderscheid tussen het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel voorts nog het volgende opmerken. Wanneer de gekozen (wijze van uitoefening van een) bevoegdheid afketst op de proportionaliteitstoetsing 'in strikte zin', kan zij niet worden uitgeoefend. Dit betekent noodzakelijkerwijs dat men terugvalt op ofwel een andere wijze van uitoefening van de bevoegdheid, dan wel op een geheel andere bevoegdheid, welke wél in overeenstemming is met het proportionaliteitsbeginsel. Men moet dan dus genoegen nemen met een *minder ingrijpende wijze van uitoefening* dan wel met een *minder ingrijpende bevoegdheid*. Dit 'terugvallen' op een minder vergaand alternatief is evenwel de onvermijdelijke uitkomst van de proportionaliteitstoetsing in strikte zin, en is niet ingegeven door het subsidiariteitsbeginsel. Vanuit (extern en intern) subsidiariteitsoogpunt is de verderstrekkende (wijze van uitoefening van de) bevoegdheid immers wél gerechtvaardigd. In verhouding tot andere bevoegdheden en tot andere wijzen van uitoefening is de gekozen (wijze van) bevoegdheid(suitoefening) derhalve proportioneel. Dat men desondanks is aangewezen op een minder vergaand alternatief is het gevolg van het feit dat de gekozen bevoegdheid(suitoefening), hoewel *prima facie* gerechtvaardigd, in het licht van de concrete omstandigheden van het geval alsnog onaanvaardbaar is en wel omdat zij leidt tot een onevenredig zware aantasting van het belang van een ander. Hoewel de uitkomst van de subsidiariteits- en proportionaliteitstoetsing dus vergelijkbaar is – namelijk het terugvallen op een minder vergaande (wijze van) bevoegdheid(suitoefening) – is de afweging een andere nu zij geschiedt aan de hand van verschillende gezichtspunten. Daarom is het zinvol vast te houden aan het onderscheid tussen het (externe en interne) subsidiariteitsbeginsel enerzijds en het proportionaliteitsbeginsel anderzijds.

1.4 Toepasselijkheid van de beginselen in het (civiele) contractenrecht

Wellicht is intussen de vraag gerezen of de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zoals deze in de voorgaande paragraaf voor het straf(proces)recht en het bestuursrecht omschreven zijn, door mij wel zonder meer kunnen worden overgeheveld naar het (civiele) contractenrecht en daar aldus een rol kunnen vervullen bij de analyse en toepassing van het remediarsenaal voor wanprestatie. Bestaan er met andere woorden geen beletselen tegen toepasselijkheid van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht?

Als bezwaar zou kunnen worden aangevoerd dat de uit het straf(proces)- en bestuursrecht afkomstige beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zich niet

7 Ten onrechte anders Reurich 1998, p. 59 (noot 25) die er bezwaar tegen heeft de twee werkingen van het proportionaliteitsbeginsel met respectievelijk het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel aan te duiden, nu het 1:1 in beide gevallen gaat om hetzelfde beginsel doch in een ander kader en met een ander opzicht van vergelijking

goed lenen voor toepassing gelet op de aard van het rechtsgebied. Zo is het uitgangspunt in het contractenrecht immers dat partijen autonoom en vrij zijn,⁸ hetgeen inhoudt dat men naar eigen inzicht gestalte kan geven aan zijn eigen belang.⁹ Bovendien gaat het, anders dan in het straf(proces)- en bestuursrecht, om de verhouding tussen burgers onderling, en niet om de overheid die ingrijpt in de belangen van de burger.¹⁰ Voorts zou gesteld kunnen worden dat de doel-middelafweging die de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit omvatten voor het contractenrecht problematisch is, omdat van veel privaatrechtelijke bevoegdheden het specifieke doel niet goed is vast te stellen. Met andere woorden: de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zouden niet in het contractenrecht (kunnen) worden toegepast, omdat zij een geheel eigen kleur hebben¹¹ die niet goed is te rijmen met de aard van het contractenrecht.

Deze redenering is, zo meen ik, niet steekhoudend. Weliswaar luidt het uitgangspunt in het contractenrecht dat partijen autonoom en vrij zijn, maar ook in het straf(proces)- en het bestuursrecht kan bij de toepassing van remedies c.q. de uitoefening van bevoegdheden een zekere mate van autonomie en (keuze)vrijheid heersen. Zo staat het de gerechtigde bij de uitoefening van *discretionaire* bevoegdheden (of remedies) in principe vrij om al dan niet tot uitoefening over te gaan. Niettemin blijkt in hoofdstuk 2 dat, ondanks deze vrijheid, de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in dat geval evenzeer een rol spelen.

Daarbij komt dat de ware vrijheid toch ook in het contractenrecht niet onbegrensd is? Integendeel. Zoals hiervoor al aan de orde is geweest, wordt immers algemeen aanvaard dat men (ook) in het contractenrecht bij een bevoegdheidsuitoefening tot op zekere hoogte rekening moet houden met de belangen van anderen die erbij zijn betrokken of erdoor kunnen worden geraakt.¹² Het is deze gedachte die nu juist ook tot uitdrukking komt in (afweging aan) de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit en waarop bovendien de aanhangers van de moderne benadering zich ter beperking van de – veronderstelde – keuzevrijheid beroepen.

Het uitgangspunt van autonomie en vrijheid in het contractenrecht is dus niet voor niets een *uitgangspunt*; het vormt geen beletsel tegen de toepasselijkheid van de beginselen.¹³ Ik zou zelfs nog een stap(je) verder willen gaan en stellen dat de voor het moderne contractenrecht zo kenmerkende relativeringsgedachte, die door de aanhangers van de moderne benadering evenzeer wordt aangehaald ter ondersteuning van hun pleidooi, geheel doortrokken is van de beginselen van subsidiariteit en

8 In dit verband wordt veelal gesproken van het beginsel van de contractvrijheid en/of het autonomiebeginsel. Zie in plaats van velen Asser-Hartkamp II 2005, nr. 34 en 41.

9 Vgl. Nieuwenhuis 1999, p. 30 en reeds eerder 1979, p. 63-64.

10 Vgl. Sieburgh 2003, p. 656-658 en Hartlief 1997, p. 196.

11 In deze zin Bakels 1993, p. 46.

12 Zie met nadere verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur § 1.2

13 Vgl. Jansen 2004, p. 125 waar hij schrijft: 'Mijns inziens zijn er geen uitgangspunten in het privaatrecht die zich verzetten tegen toepassing van het subsidiariteits- en/of proportionaliteitsbeginsel in het onrechtmatigedaadsrecht. () Dit betekent dat een rechter bij zijn belangenafweging moet ingaan op de persoonlijke verhoudingen en de persoonlijke belangen van de betrokken personen. Op deze wijze krijgen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit niet een louter strafrechtelijke inkleuring.'

proportionaliteit. Deze (relativerings)gedachte komt immers erop neer dat het huidige Burgerlijk Wetboek wil voorkomen dat bevoegdheden verdere gevolgen hebben dan strikt noodzakelijk is.¹⁴ Juist de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit brengen mee dat een (tussen)oplossing wordt gevonden die geheel op de maat van het geval is toegesneden, en wel omdat zij niet verder mag gaan dan met het oog op het te dienen belang noodzakelijk (het subsidiariteitsbeginsel) en in verhouding moet staan tot de gevolgen voor het belang van een ander (het proportionaliteitsbeginsel).

Met betrekking tot het argument dat het in het straf(proces)- en bestuursrecht gaat om de verhouding tussen overheid en burgers en in het contractenrecht om de relatie tussen burgers onderling, geldt het volgende. Het is waar dat in het strafproces- en het bestuursrecht de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit de burgers beschermen tegen een onredelijke aantasting van hun belangen door de overheid. De beginselen zijn daar dus inderdaad van toepassing als het de verhouding tussen overheid en burgers betreft. Nu het in het contractenrecht gaat om de relatie tussen burgers onderling en de beginselen in het strafproces- en bestuursrecht bescherming bieden tegen een 'te machtige' overheid zouden zij niet zonder meer naar het contractenrecht kunnen worden overgebracht. Echter, uit het onderzoek naar de rol van beide beginselen in het strafrecht blijkt dat zij daar worden toegepast ter begrenzing van een bevoegdheids- of remedieuitoefening in de relatie tussen burgers onderling.¹⁵ Zo duiken de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het strafrecht op in het kader van noodweer, noodweerecces en overmacht en spelen zij dus een rol bij de vraag of een *burger* bevoegd is een strafbaar feit te plegen mede gelet op het belang van een andere burger.¹⁶ Daarmee wordt duidelijk dat de beginselen niet alleen een beschermingsfunctie vervullen als bevoegdheden worden toegepast door de overheid, maar evenzeer als het gaat om de toepassing van een bevoegdheid door burgers. Ook in zoverre bestaat dus geen bezwaar om de beginselen naar het contractenrecht over te hevelen.

Evenmin gaat (zonder meer) op het betoog dat de doel-middelafweging van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit voor het contractenrecht problematisch is, omdat van veel privaatrechtelijke bevoegdheden het specifieke doel niet goed is vast te stellen. Want hoewel van veel privaatrechtelijke bevoegdheden misschien geen *specifiek* doel kan worden vastgesteld (zoals dit bij strafprocessuele en bestuursrechtelijke bevoegdheden mogelijk is), *enig* doel is volgens mij wel te bepalen. Want ook een civielrechtelijke bevoegdheid wordt toch ter behartiging van een bepaald belang uitgeoefend?¹⁷ Ten aanzien van het doel van de remedies van ontbinding, schadevergoeding en nakoming kan immers worden gesteld dat zij beogen het nadeel op te heffen dat door de teleurgestelde contractant als gevolg van de wanprestatie wordt

14 Vgl. Hartkamp 2002, nr. 21.

15 Zie § 2.3.

16 Dat de subsidiariteits- en proportionaliteitsstoetsing bij de rechtvaardigings- en/of strafuitsluitingsgronden niettemin verschillend kan uitvallen naar gelang zij wordt verricht in het kader van het strafrecht dan wel van het burgerlijk recht, is overtuigend aangetoond door Sieburgh 2003, p. 647-683.

17 Zie hierover nader de monografie van Van Nispen 2003 en de bijdragen in E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, BW-krant jaarboek 19, 2003.

geleden. Dit betekent dat de afweging die de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit aanleggen tussen het met een bevoegdheid te dienen belang (doel) en het daardoor te schaden belang (gevolgen), ook bij de remedies/bevoegdheden van het (civiele) contractenrecht heel wel mogelijk is.

1.5 Het onderscheid tussen hoofdremedie en aanvullende remedie

Wanneer de remedies van ontbinding, schadevergoeding en nakoming worden benaderd vanuit de doel-middelafweging van het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel, dan blijkt dat niet altijd kan worden gesteld dat deze remedies exact hetzelfde belang beogen te dienen. Zo valt een onderscheid te maken tussen, wat ik noem, een *hoofdremedie* en een *aanvullende remedie*.

De hoofdremedie heeft ten doel het nadeel weg te nemen dat de schuldeiser lijdt omdat hij niet de (correcte) prestatie verkrijgt, maar geconfronteerd wordt met een (toerekenbare) algehele of gedeeltelijke tekortkoming. Met andere woorden: een hoofdremedie beoogt het nadeel op te heffen dat bestaat uit het geheel uitblijven van de prestatie dan wel uit het niet (behoorlijk) verrichte deel van de prestatie. In het vervolg zal ik gemakshalve spreken van het wegnemen van (het nadeel dat bestaat uit) de tekortkoming. Deze remedie vormt dus bij uitstek de remedie voor wanprestatie en kan worden aangemerkt als een hoofdremedie.

De aanvullende remedie, het woordgebruik zegt het eigenlijk al, vult de toepassing van een hoofdremedie aan. Zij heeft namelijk ten doel het nadeel te vereffenen dat het *gevolg* is van de (toerekenbare) tekortkoming, de *prima malorum causa*, de wortel van het kwaad ofwel het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming *zélf*, wordt door de aanvullende remedie echter niet weggenomen. Teruggekoppeld naar de remedies van ontbinding, schadevergoeding en nakoming betekent het onderscheid tussen hoofd- en aanvullende remedie het volgende.

Voor het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming *zélf* bieden de remedies van ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming de schuldeiser uitkomst. Zo heeft toepassing van de ontbindingsremedie tot gevolg dat de schuldeiser geen genoegen hoeft te nemen met de tekortkoming maar van de tekortschietende schuldenaar en van zijn eigen verbintenis (de overeenkomst) af kan. Ontbinding leidt immers ertoe dat partijen bevrijd raken van hun verbintenissen. Voor zover reeds is nagekomen, moet ongedaanmaking van de prestatie(s) plaatsvinden (art. 6:271 BW). De schuldeiser kan, indien hij dit wenst, voor de door hem verlangde prestatie vervolgens op zoek gaan naar een nieuwe wederpartij. Voorts wordt (juist) ook door toepassing van de nakomingsremedie het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming weggenomen. Wanneer de schuldenaar (correct) nakomt, verkrijgt de schuldeiser immers alsnog de prestatie waarop hij krachtens de verbintenis recht heeft. Dat de remedie van vervangende schadevergoeding eveneens kan worden aangemerkt als een hoofdremedie, wordt duidelijk wanneer men bedenkt dat in dat geval de oorspronkelijke verbintenis van de tekortschietende schuldenaar wordt omgezet in een verbintenis tot schadevergoeding. Deze vorm van schadevergoeding vervangt dus als het ware de nakoming. Zo moet

de schuldenaar in dat geval niet (langer) de specifieke prestatie verrichten, maar dient hij de vervangende waarde van de prestatie te vergoeden. Aldus wordt het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming evenzeer opgeheven. Kortom: ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming zijn de hoofdremedies voor wanprestatie en staan als zodanig met elkaar op één lijn. Zij beogen hetzelfde belang te dienen en zijn in zoverre dus inwisselbaar.

De remedie van aanvullende schadevergoeding staat daarentegen niet op een gelijk niveau met de hoofdremedies. Sterker nog: deze remedie kan tegelijkertijd met ('bovenop') de remedie van ontbinding, vervangende schadevergoeding of nakoming worden uitgeoefend. Zo vereffent de remedie van aanvullende schadevergoeding 'enkel' het nadeel dat het *gevolg* is van de toerekenbare tekortkoming (de aanvullende schade). Dit nadeel kan bestaan uit bijkomende schade en/of vertragungsschade. Het klassieke voorbeeld van bijkomende schade betreft het geval waarin een zieke koe wordt geleverd die vervolgens de gehele veestapel van de koper besmet. De schade die is toegebracht aan het overige vee van de koper/schuldeiser wordt de bijkomende (ook wel *gevolg*-) schade genoemd. Vertragungsschade is de schade die de schuldeiser lijdt ten gevolge van een (toerekenbare) vertragung in de nakoming. In het voorbeeld van de geleverde zieke koe gaat het dan om de schade die de koper lijdt als gevolg van het feit dat hij niet (tijdig) kan beschikken over de melkopbrengst van de koe. Wanneer nu de koper zou overgaan tot toepassing van een hoofdremedie wordt het nadeel dat eruit bestaat dat hij geen gezonde koe maar een zieke koe geleverd heeft gekregen (de tekortkoming) weliswaar 'geheeld', maar blijft hij zitten met de bijkomende schade en de vertragungsschade. Immers, nakoming (de levering van een gezonde koe), vervangende schadevergoeding (de waarde van een gezonde koe) of ontbinding (eliminatie van de overeenkomst), nemen deze schadeposten niet weg, enkel de remedie van aanvullende schadevergoeding biedt hiervoor soelaas. Dit betekent dus dat de schade die de schuldeiser als gevolg van de wanprestatie heeft geleden – de aanvullende schade – alleen wordt vereffend als de toepassing van een hoofdremedie wordt gecombineerd met de remedie van aanvullende schadevergoeding. Daarmee wordt duidelijk dat de hoofdremedies enerzijds en de aanvullende schadevergoedingsremedie anderzijds gericht zijn op het dienen van verschillende belangen. Deze constatering is van groot belang voor dit onderzoek. Als gezien, komt de analyse van het remediearsenaal op grond van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit immers neer op een doel-middelafweging. Het onderscheid tussen (het doel van een) hoofdremedie en (het doel van een) aanvullende remedie zal in het vervolg dan ook goed in het oog (moeten) worden gehouden.

1.6 Afbakening en werkwijze

Het onderzoek richt zich op de remedies van ontbinding, schadevergoeding en nakoming zoals deze in het algemeen deel van het contractenrecht zijn geregeld. Dit betekent dat de specifiek voor bijzondere overeenkomsten geldende regelingen van ontbinding, schadevergoeding en nakoming in boek 7 en 7A BW buiten beschouwing

blijven. Een uitzondering is evenwel gemaakt voor de nakomings- en ontbindingsregeling zoals deze voor de koopovereenkomst in titel 7.1 BW is neergelegd.¹⁸ Dit is met name ingegeven door de gedachte dat de koop de meest in het oog springende en elementaire overeenkomst is: wie denkt aan een overeenkomst, denkt immers aan de koop.¹⁹

Zoals in het begin van dit hoofdstuk al is aangegeven, valt de bevoegdheid tot opschorting buiten het bestek van dit onderzoek nu zij veeleer het karakter draagt van een voorlopige maatregel en niet kan worden aangemerkt als een remedie voor wanprestatie. Evenzeer buiten beschouwing blijft het boetebeding, dat een contractuele afwijking vormt van het wettelijk schadevergoedingsregime, en wel gelet op zijn eigen, specifieke aard, te weten: het aansporen tot nakoming en/of het fixeren van schadevergoeding (vgl. art. 6:91 BW).²⁰

Daarnaast is het onderzoek beperkt gebleven tot het Nederlandse recht. Een vergelijking met andere, buitenlandse rechtsstelsels is niet verricht. Dit heeft te maken met het doel van deze studie: (i) aantonen dat de in de literatuur heersende opvatting dat naar geldend recht de teleurgestelde schuldeiser (in grote mate) keuzevrijheid geniet, onjuist is nu zij niet strookt met het systeem van de wet en (ii) aantonen dat de beperkingen dan wel nuanceringen die in de moderne benadering op de – veronderstelde – keuzevrijheid worden bepleit, grotendeels (reeds) in het wettelijk stelsel besloten liggen. Dit doel wordt gerealiseerd door de in het contractenrecht verborgen liggende beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit naar voren te halen. Afgezien van het feit dat voor het aantonen van de onder (i) en (ii) genoemde stellingen een vergelijking met buitenlandse rechtsstelsels niet nodig is, geldt verder dat een (beginse-)onderzoek van buitenlands contractenrecht m.i. méér vergt dan het louter onderzoeken van de wijze(n) waarop de remedies in een ander rechtsstelsel zijn geregeld, maar een grondige kennis vereist van (de uitgangspunten van) het daar geldende contractenrecht. Bovendien heeft rechtsvergelijking wel op intern niveau plaatsgevonden. Zo is aan het strafproces-, het straf- en het bestuursrecht de benodigde inspiratie ontleend om tot een verbetering en een beter begrip te komen van het (civielrechtelijk) arsenaal van remedies voor wanprestatie.

Hoewel de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zelden met zoveel woorden in de civielrechtelijke jurisprudentie en literatuur genoemd worden, zal ik om de leesbaarheid te bevorderen in het vervolg de relevante parlementaire geschiedenis, rechterlijke uitspraken en opvattingen in de literatuur herformuleren in de termen van deze beginselen.

18 Titel 7.1.3 BW kent voor de remedie van schadevergoeding geen afzonderlijke regeling.

19 Zie onder meer: Klik 2003, p. 187 en p. 222-224 die spreekt van archetype nu de koop vaak model voor de overeenkomst is en voorts stelt dat de koopovereenkomst de 'minst bijzondere' bijzondere overeenkomst betreft. Ook Hijma 1998, p. 160-161 noemt de koop het prototype van de overeenkomst en schrijft bovendien dat de koop in de loop der eeuwen steeds een voortrekkersrol voor het overeenkomstenrecht is blijven vervullen.

20 Uitvoering over het boetebeding: Schelhaas 2004 en expliciet met betrekking tot de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit: p. 99-100.

Voorts geldt dat, voorzover niet anders is aangegeven, de aangehaalde wetsartikelen naar bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (BW) verwijzen

1.7 Plan van behandeling

Dit boek is opgebouwd uit vier delen. Deel I omvat, naast dit inleidende hoofdstuk, een globale studie naar de inhoud en betekenis van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het straf-, strafproces- en bestuursrecht. Dit onderzoek vindt plaats in hoofdstuk 2 *De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit: inhoud en betekenis*.

In deel II worden de remedies voor wanprestatie onderzocht aan de hand van het subsidiariteitsbeginsel. Dit betekent dat wordt nagegaan in hoeverre een remedie kan worden toegepast wanneer er een minder vergaand alternatief is dat het belang van de schuldeiser evengoed kan dienen. Omdat het beginsel een werking kent op twee niveaus, valt dit deel in twee subonderdelen uiteen. In het eerste subonderdeel, *A Externe subsidiariteit*, komt de onderlinge verhouding tussen de remedies van ontbinding, schadevergoeding en nakoming aan de orde en in het tweede subonderdeel, *B Interne subsidiariteit*, wordt de verhouding tussen de verschillende wijzen van uitoefening van elke remedie uiteengezet.

Nu het externe subsidiariteitsbeginsel een beperking meebrengt die is gelegen in de aanwezigheid van een minder ingrijpende remedie en in het algemeen wordt aangenomen dat van de remedies voor wanprestatie de ontbinding het meest krachtige wapen is en de nakomingsremedie het minst verstrekkend is, zal de externe subsidiariteitsanalyse in subonderdeel A ontvouwd worden aan de hand van de verhouding van de meest vergaande remedie, de ontbinding, tot de minst belastende remedie, de nakoming. Dit vormt dan ook het onderwerp van hoofdstuk 3 *De verhouding van ontbinding tot nakoming*. Nu de schadevergoedingsremedie qua ingrijpende gevolgen 'ergens' tussen ontbinding en nakoming in ligt, wordt vervolgens nagegaan in hoeverre schadevergoeding subsidiair is aan nakoming. Deze analyse vindt plaats in hoofdstuk 4: *De verhouding van schadevergoeding tot nakoming*. Subonderdeel A wordt afgesloten met hoofdstuk 5 dat tot onderwerp heeft *De verhouding van ontbinding tot schadevergoeding*. Zoals in § 1.2 al werd aangegeven, kan de volgorde van de ingrijpendheid van de remedies in het licht van de omstandigheden van het concrete geval evenwel anders liggen. Zo kan het voorkomen dat nakoming voor de schuldenaar onevenredig grote offers meebrengt waardoor hij bijvoorbeeld de voorkeur geeft aan toepassing van de (voor hem minder ingrijpende) ontbindingsremedie. In de genoemde hoofdstukken komt ook de mogelijkheid van uitzonderingen op de tot uitgangspunt genomen rangorde aan de orde.

De interne subsidiariteitsanalyse van subonderdeel B omvat de vraag in hoeverre de schuldeiser is aangewezen op de minst ingrijpende wijze van uitoefening van de (in aanmerking komende) remedie. Achtereenvolgens komt aan de orde in hoofdstuk 6 *De verhouding van algehele ontbinding tot gedeeltelijke ontbinding*, in hoofdstuk 7

De verhouding van volledige schadevergoeding tot gedeeltelijke schadevergoeding en in hoofdstuk 8 De verhouding tussen verschillende wijzen van nakoming

In deel III wordt onderzocht of en zo ja, in hoeverre de remedies voor wanprestatie beheerst worden door het proportionaliteitsbeginsel. Dit zal voor elke remedie afzonderlijk worden nagegaan. Zo heeft hoofdstuk 9 *De proportionaliteit van ontbinding* tot onderwerp, hoofdstuk 10 *De proportionaliteit van schadevergoeding* en hoofdstuk 11 *De proportionaliteit van nakoming*.

In deel IV, meer in het bijzonder in hoofdstuk 12 *Conclusie*, wordt aan de hand van de bevindingen van deel II en deel III aangetoond (i) dat de in de literatuur alom heersende opvatting dat naar geldend recht de teleurgestelde schuldeiser (in grote mate) vrij is in zijn keuze voor een remedie onjuist is, nu aan het remediearsenaal voor wanprestatie een ordening ten grondslag ligt en (ii) dat het wettelijk systeem (grootendeels) in overeenstemming is met hetgeen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit meebrengen, zodat (een groot deel van) de in de moderne benadering voorgestane nuanceringen reeds in de wet besloten (ligt/)liggen.

2.1 Inleiding

De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit vormen in het strafprocesrecht, het materiele strafrecht en het bestuursrecht reeds geruime tijd een belangrijk mechanisme om de toepassing van een arsenaal aan bevoegdheden binnen aanvaardbare grenzen te houden. Welke inhoud en betekenis de beginselen in dat verband precies kennen, wordt in dit hoofdstuk onderzocht.

Daarbij verdient ten eerste opmerking dat het onderzoek van het strafproces-, het straf- en het bestuursrecht slechts 'in vogelvlucht' geschiedt, nu het zwaartepunt van deze studie gelegen is in de subsidiariteits- en proportionaliteitsanalyse van het (civielrechtelijke) remediarsenaal voor wanprestatie. Voorts zij nog opgemerkt dat bij de in dit hoofdstuk aan de orde zijnde vraag naar de (precieze) inhoud en betekenis van de beginselen, zich de complicerende factor voordoet dat in de straf(proces)rechtelijke en in de bestuursrechtelijke jurisprudentie en literatuur in plaats van de termen 'subsidiariteit' en 'proportionaliteit' nogal eens gebruik wordt gemaakt van een andere terminologie. Zo wordt in het straf(proces)recht in verband met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit ook wel gesproken van 'het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging', 'het beginsel van evenredige belangenafweging', 'de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht' en 'de beginselen van een goede procesorde'. In het bestuursrecht wordt met het veelvuldig gehanteerde 'evenredigheidsbeginsel' verwezen naar de noties van subsidiariteit en proportionaliteit. Niettemin is het mogelijk, zo zal in dit hoofdstuk blijken, een (algemene) omschrijving te geven van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.

Achtereenvolgens komt aan de orde de inhoud en betekenis van de beginselen in het strafprocesrecht (§ 2.2), in het strafrecht (§ 2.3-§ 2.4) en in het bestuursrecht (§ 2.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (§ 2.6).

2.2 De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het strafprocesrecht

Het wetboek van strafvordering staat bol van de discretionaire bevoegdheden. Een groot deel daarvan bestaat uit dwangmiddelen. Een dwangmiddel is namelijk een

species van het genus bevoegdheid.¹ Alle dwangmiddelen die in het wetboek van strafvordering te vinden zijn, kunnen dan ook worden aangemerkt als strafprocessuele bevoegdheden.² Niet alle strafvorderlijk optreden is evenwel in de wet voorzien. Zo is bijvoorbeeld de voeging ad informandum en de niet-stelselmatige observatie van verdachten een buitenwettelijke strafprocessuele bevoegdheid. Bij zowel de wettelijke als de buitenwettelijke bevoegdheid is aan de strafvorderlijke autoriteit overgelaten of zij in het concrete geval van de bevoegdheid gebruik maakt (discretionaire bevoegdheid). Dit wordt wel aangemerkt als het eerste keuzemoment.³ Heeft de autoriteit vervolgens besloten een bepaalde bevoegdheid te hanteren, dan staan er vaak verschillende actiemogelijkheden open. De wijze van uitoefening van de bevoegdheid kan worden gezien als het tweede keuzemoment.⁴ In het navolgende wordt duidelijk dat, hoewel het gaat om bevoegdheden die ter discretie van de gerechtigde kunnen worden uitgeoefend, de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zowel bij het eerste als bij het tweede keuzemoment beperkingen aanbrengen op de (keuze)vrijheid. Alvorens de toepassing van dwangmiddelen te bespreken, komt eerst de bevoegdheid van de rechter tot strafoplegging aan de orde, nu de betekenis van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit bij deze bevoegdheid (het toepassen van een *punitieve* sanctie) verschilt van de betekenis die zij hebben bij de overige strafprocessuele bevoegdheden (het toepassen van *rechtshandhavende* sancties).

2.2.1 *Strafoplegging*

Krachtens art. 350 WvSv moet de rechter afwegen of een straf of een maatregel en zo ja, welke straf of maatregel in het concrete geval gewenst is.⁵ De rechterlijke vrijheid is hier bijzonder groot.⁶ Niettemin wordt van oudsher de bevoegdheid tot strafoplegging door het proportionaliteitsbeginsel begrensd.⁷ Als 'beginsel van straf-toemeting' brengt de proportionaliteit namelijk mee dat, gelet op het belang van de verdachte, de op te leggen straf niet onevenredig mag zijn in verhouding tot de ernst van het feit.⁸ Deze eis wordt wel aangeduid met het adagium 'malitia crescente

1 Corstens 2005, p. 349. Het begrip bevoegdheid duidt immers op het met een zekere exclusiviteit tot iets gerechtigd zijn en dit desnoods door feitelijke dwang of door een ander machtsmiddel kracht mogen bijzetten.

2 Overigens komen dwangmiddelen ook voor in zogenaamde bijzondere wetten, zoals bijvoorbeeld de Opiumwet, de Wet Wapens en Munitie en de Wegenverkeerswet.

3 Corstens 2005, p. 64

4 Corstens 2005, p. 64

5 Vgl. Corstens 2005, p. 700.

6 Corstens 2005, p. 231, De Hullu 2003, p. 100; Kelk 2001, p. 401, Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 822

7 Toelichting op de Justitiebegroting, Kamerstukken II 1990/91, 21 800 hfst. VI, nr. 2, p. 3. Vgl. ook Kelk 2001, p. 76 en 403, De Lange 1991, p. 156.

8 Kelk 2001, p. 26, 403, Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 822-823, Toelichting op de Justitiebegroting, Kamerstukken II 1990/91, 21 800 hfst. VI, nr. 2, p. 3. Overigens wijst Kelk 2001, p. 417 erop dat de schuld niet los gezien kan worden van de ernst van het feit, nu schuld aan een

crescere debet et poena': hoe erger het vergrijp, des te zwaarder de straf moet zijn.⁹ Het antwoord op de vraag of er tussen de straf en de normovertreding evenredigheid bestaat, is niet alleen afhankelijk van de mate waarin door de straf de belangen van de verdachte worden aangetast, maar ook van de opvatting die men heeft over het doel en de werking van straffen.¹⁰ Van oudsher vereist het proportionaliteitsbeginsel dan ook dat er geen onevenredigheid mag bestaan tussen (het doel en de gevolgen van) de straf enerzijds en de aard en ernst van het strafbare feit anderzijds. In de woorden van Rammelink veronderstelt strafoplegging immers 'een adequaat en zinvol responderen op het delict'.¹¹

Corstens stelt echter dat straftoemeting niet alleen retrospectief moet zijn (wegens het begane strafbare feit opgelegd), maar ook prospectief.¹² Hij legt er dan ook de nadruk op dat de rechter bij de oplegging van de straf of de maatregel de belangen van de samenleving en die van de verdachte tegen elkaar moet afwegen. Daarbij zal hij zich moeten richten op met de straf of de maatregel te bereiken doeleinden.¹³ Die belangenafweging mag niet leiden tot een onevenredige straftoemeting.¹⁴ Dit betekent dat wil er sprake zijn van evenredige strafoplegging er proportionaliteit dient te bestaan tussen het belang van de samenleving dat door de straf wordt gediend (doel) enerzijds, en het belang van de verdachte dat daardoor wordt geschaad (gevolgen van het middel) anderzijds.¹⁵ Deze invulling van het proportionaliteitsbeginsel komt aldus neer op een doel-middelafweging, terwijl de 'traditionele' lezing van het proportionaliteitsbeginsel het doel én de gevolgen van de straf (middel) afzet tegen de aard en ernst van de normovertreding.

Het subsidiariteitsbeginsel wordt in de literatuur of jurisprudentie niet genoemd als toetsingsmaatstaf bij de straftoemeting. Dit betekent dat de rechter bij de keuze van de straf niet gehouden is de minst vergaande strafsoort, -zwaarte of -modaliteit op te leggen. Dit neemt echter niet weg dat er een 'hiërarchie' van potentiële sancties bestaat. Dat deze rangorde bestaat, volgt naar mijn idee uit art. 61 Sr jo art. 9 Sr waarin de relatieve zwaarte van de verschillende straffen wordt bepaald. Het uiterste middel is de vrijheidsstraf. Als de rechter de meest vergaande, vrijheidsbenemende

gering feit met het oog op sanctionering een geringere schuld is dan schuld aan een zeer ernstig feit

9 Toelichting op de Justitiebegroting, Kamerstukken II 1990/91, 21 800 hfst. VI, nr. 2, p. 3. Vgl. ook Hazewinkel-Suringa/Rammelink 1996, p. 929 alwaar de uitdrukking luidt: 'Malitia crescenti debet augeri poena' wanneer het kwaad blijft groeien, moet de straf vermeerderd worden

10 Hazewinkel-Suringa/Rammelink 1996, p. 823.

11 Hazewinkel-Suringa/Rammelink 1996, p. 823.

12 Corstens 2005, p. 231

13 Corstens 2005, p. 231.

14 Corstens 2005, p. 74, 231

15 Overgens wijst Corstens 2005, p. 705 erop dat als gevolg van het feit dat er geen algemeen aanvaarde normatieve theorie over de doeleinden en effecten van strafoplegging bestaat, er in vonnissen weinig motivering te vinden is 'Dat zal er nogal eens toe leiden dat men zich ter zake van het met de straf beoogde doel in vage, weinig zeggende termen uitlaat'. Rammelink erkent eveneens dat er allerminst eensstemmigheid bestaat over de strafdoeleinden, maar meent dat er voor de praktijk voldoende communis opinio heerst over enkele grondwaarheden, zoals bijv. de idee dat straf te maken heeft met de bescherming van onze gemeenschap, zie: Hazewinkel-Suringa/Rammelink 1996, p. 823.

sanctie wil opleggen, is hij vrij hiertoe over te gaan, zij het dat hij op grond van art. 359 lid 6 Sv in de vorm van nadere motiveringseisen, wel wordt gedwongen zich nog eens extra rekenschap te geven waarom niet met een lichtere strafsoort is volstaan.¹⁶

2.2.2 Dwangmiddelen

Aan de toepassing van dwangmiddelen is inherent dat inbreuk wordt gemaakt op rechten en vrijheden van burgers. Daarom geldt dat het met een dwangmiddel te dienen belang (het doel) zorgvuldig moet worden afgewogen tegen de vrijheidsbeperkingen voor het betrokken individu (nadelige gevolgen van het middel).¹⁷ Deze belangenafweging dient zich op twee niveaus te voltrekken. *In abstracto* door de wetgever (beleidsniveau), die wettelijk moet bepalen hoe ver de vrijheid van burgers met het oog op de strafvordering mag worden ingeperkt, en *in concreto* door degene die gerechtigd is het dwangmiddel toe te passen.¹⁸ Het is in het kader van deze belangenafweging dat de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit (moeten) worden gehanteerd.¹⁹

Bosch en Sutorius geven in dit verband een heldere omschrijving van de beginselen. Zo vereist het subsidiariteitsbeginsel:²⁰

‘... dat als met een lichtere ingreep kan worden volstaan dáárvoor gekozen moet worden.’

Dit betekent dus dat als het beoogde doel op verschillende manieren kan worden bereikt, het subsidiariteitsbeginsel meebrengt dat de minst bezwaarlijke wijze dient te worden gekozen. Corstens haalt in dit verband het voorbeeld aan van de aanhouding van een van ontucht verdachte onderwijzer ten overstaan van diens leerlingen. Als dit met evenveel kans op succes buiten de school had kunnen gebeuren, is de gekozen wijze van aanhouding in strijd met het subsidiariteitsbeginsel.²¹

De vereiste subsidiariteitsafweging heeft de wetgever in groot aantal gevallen in de wet expliciet tot uitdrukking gebracht met de zinsnede: ‘voorzover noodzakelijk ter...’ of een daarop gelijkende formulering.²² Zo gaat de te verrichten subsidiariteitstoetsing in de ‘nieuwe’ regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden bijvoorbeeld vaak schuil achter de passage ‘indien het onderzoek dit dringend vordert’.²³

16 Vgl. Corstens 2005, p. 705; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 828

17 Vgl. Corstens 2005, p. 351.

18 Corstens 2005, p. 73 en p. 351.

19 Corstens 2005, p. 73 en p. 351; Enschedé/Bosch/Sutorius 2002, p. 93, Lensing en Mulder 1994, p. 48-49

20 Enschedé/Bosch/Sutorius 2002, p. 93

21 Corstens 2005, p. 72.

22 Dit heb ik geconcludeerd na lezing van de behandeling door Corstens van de verschillende dwangmiddelen Corstens 2005, p. 349-493

23 Buruma 2001, p. 22 In vergelijkbare zin. Corstens 2005, p. 428 en p. 448

In weer andere gevallen wordt gesteld dat de opsporingsautoriteit het dwangmiddel kan gebruiken, als dit door de omstandigheden wordt gerechtvaardigd dan wel indien dit redelijk is. Bij de afweging aan het subsidiariteitsbeginsel gaat steeds om de eis dat het optreden noodzakelijk moet zijn ter bereiking van het met dat optreden beoogde doel. Met andere woorden, als met een *minder ingrijpende* opsporingsmethode het beoogde doel evengoed kan worden bereikt, dan moet die minder vergaande methode toegepast worden en bestaat niet de bevoegdheid tot het gebruik van het verdergaande dwangmiddel.²⁴ In zoverre wordt de gerechtigde dus beperkt in zijn vrijheid te kiezen uit het arsenaal aan dwangmiddelen.

Evenzo kan het proportionaliteitsbeginsel grenzen aanbrengen op de keuzevrijheid. Want wanneer het gekozen dwangmiddel de toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel kan doorstaan, kan toepassing ervan alsnog afketsen op het proportionaliteitsbeginsel. In de (heldere) woorden van Bosch en Sutorius vergt de afweging aan het proportionaliteitsbeginsel namelijk²⁵

‘ dat de door een dwangmiddel veroorzaakte inbreuk op eens anders recht in een redelijke verhouding moet staan tot het met de aanwending van dat dwangmiddel beoogde doel ’

Kort gezegd, brengt het proportionaliteitsbeginsel dus mee dat het met het dwangmiddel te dienen belang (het doel) moet opwegen tegen het daardoor te schaden belang (de nadelige gevolgen van het middel). Dit betekent dat als het dwangmiddel vanuit subsidiariteitsoogpunt gerechtvaardigd is omdat het beoogde doel met een minder ingrijpende wijze van optreden niet (evengoed) kan worden bereikt, de toepassing ervan niettemin achterwege moet worden gelaten als het dwangmiddel het belang van de verdachte (of van een derde) onevenredig zwaar treft. Als voorbeeld om dit te verduidelijken, kan worden genoemd het door Corstens aangehaalde geval waarin de politie de boekhouding van een bedrijf nodig heeft voor het onderzoek naar door een werknemer gepleegde sociale fraude van niet al te grote omvang. Door inbeslagname van de boekhouding zou dat bedrijf komen stil te liggen en wordt ontslag van bonafide werknemers onafwendbaar, ‘dit middel staat niet in redelijke verhouding tot het doel van strafvervolgning van de ene werknemer’, aldus Corstens.²⁶ Wegens strijd met het proportionaliteitsbeginsel kan dus niet worden gekozen voor het middel van inbeslagneming.

Dat de wetgever (in abstracto) bij het opstellen van de wettelijke dwangmiddelenregelingen reeds een proportionaliteitsafweging heeft verricht, blijkt uit de in de wet doorgaans opgenomen voorwaarde dat de bevoegdheid slechts bestaat als het gaat om verdenking van een feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten of een feit waarop een bepaalde straf is gesteld – bijvoorbeeld vier jaar gevangenisstraf – of als

24 In zelfde zin: Corstens 2005, p. 72; Buruma 2001, p. 22.

25 Enschedé/Bosch/Sutorius 2002, p. 93.

26 Corstens 2005, p. 72.

er sprake is van verdenking van een misdrijf dan wel van ontdekking op heterdaad.²⁷ Dit betekent immers dat de toepassing van het dwangmiddel, gelet op de nadelige gevolgen ervan voor de verdachte, door de wetgever in ieder geval pas gerechtvaardigd (of beter: proportioneel) wordt geacht wanneer het strafbare feit van een bepaalde aard en ernst is. Gesteld zou derhalve kunnen worden dat het proportionaliteitsbeginsel 'in gestolde vorm' tot uitdrukking komt in de wettelijke voorwaarde die betrekking heeft op de ernst van het strafbare feit. Maar daarmee is de rol van het proportionaliteitsbeginsel (nog) niet uitgespeeld, nu een afweging daaraan – als gezegd – evenzeer in concreto door de (in beginsel) bevoegde strafvorderlijke autoriteit moet worden verricht.²⁸ Een duidelijk voorbeeld om de afweging aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit op het concrete niveau nader te illustreren, is de bevoegdheid van de politie om bij uitoefening van de haar opgedragen taak geweld te gebruiken.

2.2.3 De bevoegdheid tot geweldgebruik

Art. 8 lid 1 Politiewet 1993 bepaalt dat een politieambtenaar bevoegd is om geweld te gebruiken, als het daarmee beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik van geweld verbonden gevaren, rechtvaardigt en dat doel niet op een andere wijze kan worden bereikt. In de eis dat het doel de geweldsuitoefening moet rechtvaardigen en de eis dat het doel niet op een andere wijze kan worden bereikt, ligt een toetsing aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit besloten.²⁹ Pas als het doel niet op een andere wijze bereikt kan worden (subsidiariteitsbeginsel) en de nadelige gevolgen van het geweldgebruik in een evenredige verhouding tot het doel staan (proportionaliteitsbeginsel), heeft een politieambtenaar de bevoegdheid om tot geweldsuitoefening over te gaan.³⁰

Aan de wijze van uitoefening van de bevoegdheid wordt evenwel óók een voorwaarde gesteld. Zo luidt het vijfde lid van art. 8 Politiewet: de uitoefening dient in verhouding tot het beoogde doel redelijk en gematigd te zijn. Achter deze eis gaat wederom een toetsing aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit schuil.³¹ Dit betekent dat wil sprake zijn van een redelijke en gematigde geweldsuitoefening, de wijze van gewelddadig optreden krachtens het subsidiariteitsbeginsel de enige manier dient te zijn om het beoogde doel te bereiken, terwijl volgens het proportionaliteitsbeginsel deze wijze van geweldsuitoefening in een evenredige verhouding moet

27 Tot deze conclusie ben ik eveneens gekomen na lezing van de bespreking van de verschillende dwangmiddelenregelingen door Corstens 2005, p. 349-493. Daarbij kan overigens nog worden opgemerkt dat ook de veelvoorkomende clausule bij de 'nieuwe' (bijzondere) dwangmiddelen, inhoudende dat het dwangmiddel kan worden toegepast ingeval 'de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert' op het proportionaliteitsbeginsel valt terug te voeren.

28 Vgl. Buruma 2001, p. 22.

29 Corstens 2005, p. 105 en 352.

30 Corstens 2005, p. 352.

31 Corstens 2005, t a p.

staan tot het gewenste doel. Van schending van de beginselen is bijvoorbeeld sprake als bij een doorzoeking volstrekt onnodig allerlei kasten kapot worden gemaakt dan wel wanneer bij een aanhouding, nadat de verdachte is overmeesterd, nog onnodige klappen of schoppen worden uitgedeeld.³² Of, zoals in de toelichting op de Justitiebegroting 1990-1991 treffend wordt samengevat:³³

‘Op een vluchtende kippendief wordt niet geschoten.’

Geconstateerd kan derhalve worden dat de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit bij de (door de opsporingsautoriteit te verrichten) afweging in concreto op twee niveaus van belang zijn: in het algemeen, als voorwaarden voor het bestaan van de bevoegdheid tot geweldgebruik en in het bijzonder met betrekking tot de wijze van uitoefening van die bevoegdheid.³⁴ Zoals ik in het voorgaande al aangaf,³⁵ komt dus ook hier duidelijk naar voren dat de beginselen beperkingen kunnen aanbrengen ten aanzien van zowel het eerste keuzemoment (wordt er gebruik gemaakt van de bevoegdheid?), als ten aanzien van het tweede keuzemoment (zo ja, hoe dan?).

2.2.4 *Beslissingen omtrent de vervolging*

Een wettelijke strafprocessuele bevoegdheid die niet kan worden aangemerkt als een dwangmiddel, doch waarbij de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit evenzeer een belangrijke rol spelen, betreft de beslissing van het openbaar ministerie om al dan niet tot vervolging over te gaan. Ook deze strafprocessuele bevoegdheid heeft een discretionair karakter.³⁶ Hoewel dus aan het openbaar ministerie wordt overgelaten om al dan niet tot vervolging over te gaan, moet van de toegekende vrijheid niet willekeurig, maar stelselmatig en consistent gebruik worden gemaakt. Dit heeft tot gevolg dat het openbaar ministerie de plicht heeft tot het voeren van beleid.³⁷ Niet alleen bij het bepalen van het vervolgingsbeleid (in abstracto) maar ook bij de concrete vervolgingsbeslissing (de uitvoering van het beleid) moeten een (belangen)afweging aan de hand van de beginselen subsidiariteit en proportionaliteit plaatsvinden.³⁸ In dit verband brengt het subsidiariteitsbeginsel mee dat het doel van

32 Deze voorbeelden heb ik ontleend aan Corstens 2005, p. 351.

33 Toelichting op de Justitiebegroting, Kamerstukken II 1990/91, nr. 2, p. 3.

34 Corstens 2005, p. 65-66 jo 352. Enigszins anders Cleiren 1989, p. 63-64. Zij meent namelijk dat de subsidiariteit van het middel, de noodzaak tot geweldgebruik, dient als vooronderstelling, terwijl de proportionaliteit betrekking heeft op de wijze van bevoegdheidsuitoefening. Toch sluit zij niet uit dat de toetsing, zoals o.m. door Corstens beschreven, in een concreet geval door de Hoge Raad wordt toegepast.

35 Zie § 2.2 (het begin).

36 Corstens 2005, p. 500; Lensing en Mulder 1994, p. 47.

37 Cleiren 1990, p. 499, ook Corstens 2005, p. 501 spreekt van vervolgingsbeleid in het kader van de vervolgingsbeslissing.

38 Corstens 2005, p. 500-501, Lensing en Mulder 1994, p. 48, Cleiren 1990, p. 503 en dezelfde 1989, p. 279-280.

de bevoegdheid, handhaving van recht,³⁹ vervolging noodzakelijk moet maken.⁴⁰ Het beginsel van proportionaliteit vereist evenredigheid tussen het doel en de nadelige gevolgen van de bevoegdheid tot vervolging.⁴¹ Bijzonder is hierbij dat het doel, handhaving van recht, niet alleen inhoudt dat het openbaar ministerie bij de ontwikkeling en uitvoering van het beleid rekening moet houden met het algemeen belang, maar ook met de belangen van de (individuele) verdachte.⁴² Bij de afweging van deze onderlinge belangen vormen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit dus belangrijke handvatten. Ook in het materiële strafrecht, zo zal hieronder blijken, bieden de beginselen houvast wanneer bij de uitoefening van bevoegdheden (de toepassing van rechtshandhavende sancties) een belangenafweging moet worden verricht.

2.3 De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het strafrecht

In het materiële strafrecht komen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit met name aan de orde bij de strafuitsluitingsgronden. Aangezien dit hoofdzakelijk het geval is bij de gronden noodweer (art. 41 lid 1 Sr), noodweerexces (art. 41 lid 2 Sr) en overmacht (art. 40 Sr) blijven de overige strafuitsluitingsgronden⁴³ hier buiten beschouwing.

Ingeval van noodweer, noodweerexces en overmacht is sprake van omstandigheden die een in beginsel strafbare gedraging rechtmatig, gerechtvaardigd maken. Gesteld zou kunnen worden dat indien aan de vereisten gesteld aan noodweer, noodweerexces en overmacht is voldaan, men de *bevoegdheid* heeft om een bepaald belang te behartigen ten koste van een ander belang.⁴⁴ De vereisten die aan (de uitoefening van) deze bevoegdheden worden gesteld, omvatten (onder meer) een afweging aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.

39 Aldus Cleiren 1990, p. 501

40 Corstens 2005, p. 501.

41 Cleiren 1989, p. 194.

42 Cleiren 1990, p. 501

43 Hierbij kan worden gedacht aan de strafuitsluitingsgronden opgenomen in art. 39 Sr (psychische stoornis), art. 42 Sr (wettelijk voorschrift) en art. 43 Sr (ambtelijk bevel) en voorts aan enkele ongeschreven strafuitsluitingsgronden. Zie over de laatstgenoemde: Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 343-387. Overigens spelen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit evenzeer een rol bij de vraag of het plegen van een strafbaar feit ter uitvoering van een wettelijk voorschrift (art. 42) dan wel ter uitvoering van een ambtelijk bevel (art. 43) gerechtvaardigd is. Zie Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 335-336 resp. 339. Toch worden deze gronden hier niet nader besproken en wel omdat de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit duidelijker naar voren komen bij noodweer, noodweerexces en overmacht. Verder is de betekenis van beide beginselen bij art. 42 en 43 Sr gelijk aan die bij de hier wel behandelde strafuitsluitingsgronden.

44 Vgl. Machielse 1986, p. 523, 649 en p. 717-718, alwaar hij spreekt van de 'noodtoestandbevoegdheid' en de 'noodweerbevoegdheid'.

2.3.1 Noodweer

Krachtens art. 41 lid 1 Sr is niet strafbaar hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.

De eis dat het feit 'geboden' moet zijn en wel 'door de noodzakelijke verdediging' brengt mee dat moet worden nagegaan of de verdediging zelf redelijkerwijs geboden moet worden geacht, en zo ja, of er ter verdediging gepaste middelen zijn gebruikt.⁴⁵ Achter deze (dubbele) noodzakelijkheidstoetsing gaat een afweging aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit schuil.⁴⁶ Dat deze beginselen al vanaf de Romeinse tijd een rol spelen bij de beoordeling van noodweersituaties, volgt uit het onlangs verschenen artikel van Jansen.⁴⁷

Zo heeft de noodzakelijkheidstoets in de eerste plaats tot gevolg dat er geen andere, minder vergaande, mogelijkheid mag bestaan om de aanranding af te weren dan door een handeling die een delictsinhoud vervult.⁴⁸ Het is deze gedachte die besloten ligt in het subsidiariteitsbeginsel.⁴⁹ In de woorden van Rummelink eist het beginsel van subsidiariteit namelijk 'dat bij een alternatief aan escapes uit een moeilijk parket, de minst schadelijke oplossing gekozen dient te worden.'⁵⁰

Ingevolge de vereiste subsidiariteitstoetsing is de noodweerbevoegdheid dus beperkt tot gevallen waarin men niet kon noch behoefde te vluchten,⁵¹ men (ook) niet kon

45 De Hullu 2003, p. 320; Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 321; Machielse 1986, p. 645-646.

46 De Hullu 2003, p. 320, Kelk 2001, p. 284, Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 321, Machielse 1986, p. 645-646 jo p. 664; Haentjens en Haffmans 1981, p. 823. De vraag of de subsidiariteitstoetsing besloten ligt in de eis dat het feit 'geboden' moet zijn dan wel in de eis der 'noodzakelijke verdediging', en de vraag onder welke van deze vereisten de proportionaliteitstoetsing valt, laat ik buiten beschouwing nu zij het bestek van deze studie te buiten gaat. Zie over de discussie in de literatuur aangaande de beantwoording van deze vragen en de verschillende opvattingen hieromtrent Machielse 1986, p. 645-648.

47 Jansen 2004, p. 120 e.v.

48 Jansen 2004, p. 122-124; Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 321-322, Machielse 1986, p. 645 en 655.

49 Vgl. Kelk 2001, p. 284, Machielse 1986, p. 645-646 jo p. 664.

50 Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 66.

51 De rechtspraak heeft een zekere voorkeur voor de vluchtmogelijkheid, tenzij bijzondere omstandigheden anders doen concluderen. Jansen 2004, p. 123, De Hullu 2003, p. 321, 322 en 323, Kelk 2001, p. 284; Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 322; Machielse 1986, p. 654-655. Machielse geeft evenwel de voorkeur aan een andere, minder strikte, invulling van het subsidiariteitsbeginsel. Hij verdedigt het standpunt dat men in beginsel niet verplicht is te vluchten, behoudens tegenindicaties, omdat dat naar zijn mening recht doet aan het bijzondere karakter van de noodweerbevoegdheid dat immers in het teken staat van de rechtsordehandhaving. Machielse 1986, t.a.p. In dezelfde zin Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 321-322, zij het dat Rummelink een uitzondering maakt ten aanzien van aanranding door krankzinnigen. In een dergelijk geval moet volgens hem in beginsel wel van een vluchtmogelijkheid gebruik worden gemaakt. Dit impliceert dus dat Rummelink m.b.t. aanranding door krankzinnigen een strikte(re) subsidiariteitstoetsing voorstaat. Meer recent heeft Buruma 2003, p. 116-117 overigens gesteld dat tegenwoordig ook reeds het uitdelen van een 'pre-emptive strike' (een actie ter verdediging, voordat daadwerkelijk is aangevallen) onder noodweer wordt begrepen.

rekenen op overheidshulp en er geen geoorloofde middelen konden worden aangewend.⁵² Is een minder ingrijpende afweer met een gelijk resultaat evenwel niet mogelijk dan is de verdediging noodzakelijk en staat de noodweerbevoegdheid in beginsel open, zij het dat deze moet worden uitgeoefend op een wijze die het minst gevaarlijk is.⁵³ De subsidiariteitstoetsing ziet dus niet alleen op *de mogelijkheid tot* toepassing van de noodweerbevoegdheid (eerste keuzemoment), maar ook op *de wijze van* uitoefening ervan (tweede keuzemoment).

Om nu te voorkomen dat een fruitdief zou mogen worden doodgeschoten indien er geen andere manier is om aan de diefstal een einde te maken,⁵⁴ dient de handeling vervolgens getoetst te worden aan het proportionaliteitsbeginsel.⁵⁵ Dit geschiedt eveneens in het kader van de vraag of het feit geboden is door de noodzakelijke verdediging.⁵⁶ Algemeen gesteld, vereist het proportionaliteitsbeginsel dat tussen doel en middel een evenredige verhouding bestaat.⁵⁷ Voor de noodweerbevoegdheid *als zodanig* en voor de *wijze van* uitoefening betekent dit dat er evenredigheid dient te bestaan tussen het bedreigde belang van de noodweerder dat hij met de verdediging beoogt te beschermen (doel) enerzijds en het met de afweer aan te tasten belang van de aanrander (gevolgen van het middel) anderzijds.⁵⁸

In het algemeen wordt aangenomen dat niet is vereist dat het te beschermen belang zwaarder weegt dan het in noodweer te treffen belang. Met een verwijzing naar de wens van de wetgever wordt namelijk gesteld dat de proportionaliteitstoetsing er in het kader van de noodweerbevoegdheid (slechts) op ziet excessen te voorkomen.⁵⁹ Dit heeft te maken met de grondslag van de noodweerbevoegdheid, de rechtsverdediging.⁶⁰ Uitoefening van de bevoegdheid komt neer op een daad van afweer van

52 Vgl. De Hullu 2003, p. 321-322; Machielse 1986, p. 646-653

53 Jansen 2004, p. 123; De Hullu 2003, p. 322; Machielse 1986, p. 655; Vgl. Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 322 alwaar wordt gesteld dat als de verdediging eenmaal noodzakelijk is, niet alle middelen toelaatbaar zijn. Ook de middelen moeten door de omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Jansen 2004, p. 124 merkt bovendien op (m.i. terecht) dat het oordeel over welke oplossing in concreto het minst schadelijk is, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, de tijdgeest alsmede politieke en persoonlijk-ethische opvattingen

54 Vgl. Machielse 1986, p. 645.

55 Jansen 2004, p. 123; Kelk 2001, p. 284, Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 321; Machielse 1986, p. 645-646 en 663-664 Ter volledigheid wil ik erop wijzen dat er een groep auteurs is die verdedigt dat toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel in het kader van noodweer ongepast is. Zij voeren hiertoe aan dat ingeval van noodweer recht staat tegenover onrecht en dat van degene die de rechtsorde handhaaft niet gevergd kan worden het proportionaliteitsbeginsel in het oog te houden. Overgens zijn zij wel van oordeel dat voor de noodweerbevoegdheid aan de subsidiariteitstoetsing moet zijn voldaan. Zie met literatuurverwijzingen: Machielse 1986, p. 662. Aangezien volgens de wetgever en de meerderheid van de schrijvers, de noodweerbevoegdheid wel is onderworpen aan de proportionaliteitstoetsing, ga ik aan de afwijkende opvattingen voorbij en volsta ik met een verwijzing.

56 Zie de literatuur vermeld in noot 45 en 46

57 Jansen 2004, p. 124; De Hullu 2003, p. 322, Kelk 2001, p. 284, Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 66 en 321; Machielse 1986, p. 663

58 Vgl. Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 321; Machielse 1986, p. 663.

59 De Hullu 2003, p. 322; Machielse 1986, p. 663-664

60 Machielse 1986, p. 664.

onrecht. Gelet op dit karakter wordt bij de noodweerbevoegdheid geen volledige evenredigheid vereist, doch waakt de proportionaliteitstoetsing slechts tegen een *wan*verhouding tussen het doel (het beschermde belang) en het middel (de gevolgen ervan voor het belang van de aanrander).⁶¹

Een complicerende factor lijkt echter dat de proportionaliteitstoetsing ook wel omschreven wordt als de eis dat een evenredige verhouding moet bestaan tussen de ernst van de aanranding en de verdediging.⁶² Dit lijkt een andere invulling van het proportionaliteitsbeginsel, nu het tussen andere grootheden wordt aangelegd. Het gaat hier immers om de verhouding tussen de ernst van het gedrag (de aanranding) van de aanrander en de ingrijpendheid van de reactie daarop. Voorzover nu enkel de elementen van verwijtbaarheid en de 'ernst' van de aanranding bepalend zijn voor de vraag of de verdediging met haar gevolgen gerechtvaardigd is, verschilt deze toetsing van de hiervoor weergegeven proportionaliteitstoets. Bij de laatstgenoemde toets is immers het gewicht van de verschillende belangen beslissend. In dat geval speelt het proportionaliteitsbeginsel dus een rol in het kader van de belangenafweging, alwaar zij evenredigheid vergt tussen het te beschermen belang (doel) en het te schaden belang (gevolgen van het middel).

Anderzijds kan worden bedacht dat de ernst van de aanranding niet alleen ziet op de ernst van het gedrag van de aanrander, maar eveneens op de mate waarin het belang van de noodweerder dreigt te worden aangetast. Als nu ook dit belang wordt meegenomen in de proportionaliteitsafweging dan betekent dit dat er evenredigheid moet bestaan tussen de mate waarin het te beschermen belang dreigt te worden aangetast (doel) en de gevolgen van de verdediging (middel) voor de aanrander. In deze zin opgevat, kan het proportionaliteitsbeginsel dus herleid worden tot de eis dat evenredigheid dient te bestaan tussen het doel en het daartoe gebezigde middel en bestaat er in zoverre geen verschil in toetsing.

Onder omstandigheden is een afweer waarbij de beginselen van subsidiariteit en/of proportionaliteit wordt overschreden niettemin gerechtvaardigd. Voor dat geval is een afzonderlijke 'bevoegdheid' in het leven geroepen die wordt aangeduid met de term noodweerexces.

2.3.2 *Noodweerexces*

Op grond van art. 41 lid 2 Sr is de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging niet strafbaar, indien zij het onmiddellijk gevolg is geweest van een hevige gemoedsbeweging, door de aanranding veroorzaakt. In dit verband wordt ook wel gesproken van noodweerexces.

Noodweerexces kan zich op twee manieren voordoen. Zo is er sprake van *extensief* exces als de verdediger doorgaat met verdedigen terwijl de aanranding is afgelopen

61 Vgl. Kelk 2001, p. 284, Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 321

62 De Hullu 2003, p. 322, Machielse 1986, p. 664.

of als hij de verdediging omzet in een aanval.⁶³ Grijpt de verdediger naar een niet noodzakelijk middel, of naar een onevenredig middel dan wordt gesproken van *intensief excès*.⁶⁴ Voor beide situaties geldt dat de excessieve verdediging niet strafbaar is als het gaat om 'overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging'. Evenals bij noodweer, gaan ook hier achter de woorden 'noodzakelijke verdediging' overwegingen van subsidiariteit en proportionaliteit schuil.⁶⁵ Dit betekent voor de gevallen van extensief excès dat moet worden nagegaan of de in het eerste stadium verrichte verdediging (shandeling) noodzakelijk was.⁶⁶ Indien in dat stadium minder vergaande middelen of een minder vergaande wijze van verdediging mogelijk is (subsidiariteitstoetsing), dan wel wanneer een wanverhouding bestaat tussen het te beschermen belang en het met de afweer te schaden belang (proportionaliteitstoetsing), is geen sprake van een noodzakelijke verdediging, waardoor evenmin een overschrijding daarvan kan worden aangenomen. Er is dus alleen sprake van een extensief excès dat onder de werkingssfeer van art. 41 lid 2 valt, indien een verdediging die in overeenstemming was met de subsidiariteits- en proportionaliteitstoetsing wordt voortgezet terwijl de aanranding al voorbij is.⁶⁷

De meeste gevallen hebben echter betrekking op het intensieve excès.⁶⁸ In dat geval doet zich de moeilijkheid voor dat niet kan worden gesproken van een eerste en tweede fase zoals bij het extensief excès. Immers, ingeval van intensief excès grijpt de verdediger van meet af aan naar een niet noodzakelijk of naar een onevenredig middel. Maar ook bij dergelijk excessief handelen moet worden nagegaan of verdediging als zodanig noodzakelijk was.⁶⁹ Ingevolge het subsidiariteitsbeginsel is hiervan pas sprake als er geen vluchtmogelijkheid of een ander op zichzelf geoorloofd middel waarmee de aanranding kan worden afgeweerd, voorhanden was. Daarnaast mag krachtens het proportionaliteitsbeginsel de verdediging niet leiden tot een wanverhouding tussen het te beschermen belang en het te treffen belang van de aanrander. Is verdediging noodzakelijk nu zij als zodanig in overeenstemming is met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, maar grijpt de verdediger evenwel naar een te ingrijpende *vorm* van verdediging dan is sprake van noodweereccès en is de afweer niet strafbaar.

63 De Hullu 2003, p. 324; Kelk 2001, p. 288; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 325; Machielse 1986, p. 681

64 De Hullu 2003, p. 324; Kelk 2001, p. 288; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 325; Machielse 1986, p. 682.

65 Hoewel in art. 41 lid 2, in afwijking van lid 1, slechts wordt gesproken van 'noodzakelijke verdediging' en niet ook van 'het geboden zijn van het feit' is het toch de bedoeling van de wetgever geweest dat zowel de subsidiariteits- als de proportionaliteitstoetsing ook bij noodweereccès toepasbaar zijn. Zie Machielse 1986, p. 646, 680, 682. Vgl. ook De Hullu 2003, p. 323-324; Haentjens en Haffmans 1981, p. 830

66 De Hullu 2003, p. 323-324; Kelk 2001, p. 287; Machielse 1986, p. 681-682.

67 De Hullu 2003, p. 323-324; Machielse 1986, p. 682. Vgl. ook Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 327, alwaar wordt gesteld dat overschrijding van de grenzen zich alleen kan voordoen als de verdediging noodzakelijk is of is geweest.

68 Machielse 1986, p. 682.

69 De Hullu 2003, p. 323-324; Machielse 1986, p. 679-681

Beide vormen van noodweerexces kenmerken zich derhalve door een schending van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit die in principe bij de afweer van een aanranding in acht dienen te worden genomen. Kort gezegd, men doet méér dan nodig is om het gevaar af te wenden.

2.3.3 Overmacht

De laatste strafuitsluitingsgrond waarbij een toetsing aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een belangrijke rol speelt, is neergelegd in art. 40 Sr. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen. De afweging aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit komt tot uitdrukking in de vraag of men tot het plegen van een strafbaar feit 'gedrongen' was 'door overmacht'.⁷⁰ De 'drang' die namelijk door art. 40 Sr vereist wordt, komt voort uit een conflict van belangen dan wel plichten.⁷¹ Degene die zich in een dergelijke conflictsituatie bevindt, moet, ter oplossing van dit conflict, kiezen welk belang zal worden gespaard en welk belang zal worden opgeofferd. Het door het plegen van een strafbaar feit te beschermen belang (doel) moet krachtens het proportionaliteitsbeginsel in een evenredige verhouding staan tot het daarmee te treffen belang (gevolgen van het middel).⁷² Nu is het plegen van een strafbaar feit pas proportioneel, indien het beschermde belang zwaarder weegt dan het belang dat door het strafbare feit wordt aangetast.⁷³

Daarenboven moet het vervullen van de delictsinhoud krachtens het subsidiariteitsbeginsel de enige mogelijkheid zijn om het zwaarderwegende belang te beschermen.⁷⁴ Men is dus pas 'gedrongen door overmacht' indien het beschermde belang meer waard is dan het opgeofferde belang (het proportionaliteitsbeginsel) en er bovendien geen minder vergaand alternatief voorhanden is om het (zwaarderwegende) belang te behartigen (het subsidiariteitsbeginsel). Geconstateerd kan derhalve worden dat bij de in het kader van overmacht te verrichten belangenafweging een toetsing plaatsvindt aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.

70 Vgl. De Hullu 2003, p. 297, 303-304; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 298, 303, 309.

71 Nu bij 'absolute' overmacht niet wordt getoetst aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit ga ik aan deze vorm van overmacht voorbij. Bij 'absolute' overmacht is geen sprake van een handelen, en betreft daarmee ook minder een dilemma met een keuzemogelijkheid. Het schoolvoorbeeld is het door een ruit gegooid worden. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat iemand wordt vastgebonden en zodoende een ander niet van de verdrinkingsdood kan redden. Zie over e.e.a. De Hullu 2003, p. 295-296; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 297. In de literatuur wordt wel verdedigd dat dergelijke gevallen van 'vis absoluta' geen overmacht zijn, nu er geen gedraging is. Omdat men niet in staat was te handelen, ontbreekt een strafrechtelijk relevante gedraging en komt art. 40 niet eens aan de orde. Aldus Haentjens en Haffmans 1981, p. 821.

72 Vgl. Kelk 2001, p. 266; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 66.

73 Kelk 2001, p. 266; Machielse 1986, p. 528-529; Haentjens en Haffmans 1981, p. 822 en 833-834.

74 Kelk 2001, p. 266; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 298, 309-310; Haentjens en Haffmans 1981, p. 824, 834.

2.3.4 *Intermezzo*

Hoewel bij overmacht, noodweer en noodweerexces van de beginselen een gelijk-luidende omschrijving kan worden gegeven, zijn de grenzen die zij bij deze bevoegdheden trekken evenwel verschillend. Dit heeft te maken met het feit dat de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit 'open' toetsingsmaatstaven zijn. Dit betekent dat zij aan de hand van het karakter van de bevoegdheid en de omstandigheden van het geval nader worden ingevuld. Zo wordt in het algemeen aangenomen dat de afweging aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit ingeval van overmacht strenger zijn dan bij noodweer.⁷⁵ Dit is terug te voeren op het onderscheid dat tussen de respectieve bevoegdheden wordt gemaakt. Zo staat in noodweer recht tegenover onrecht, terwijl het bij overmacht 'enkel' gaat om een belangenconflict.⁷⁶ Dit verschil in karakter heeft dus invloed op de invulling van de subsidiariteits- en proportionaliteitstoetsing. Deze invulling is bij noodweerexces in zoverre bijzonder dat het daar per definitie gaat om een schending van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, die er, juist gelet op het feit dat het gaat om rechtsverdediging, niet aan in de weg staat dat de strafbare gedraging gerechtvaardigd kan zijn.

Zoals gezegd, trekken de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit verschillende grenzen naargelang het gaat om noodweer dan wel overmacht. Zo wordt bij overmacht aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit strenger de hand gehouden.⁷⁷ Dit betekent dat zodra zich een andere, minder ingrijpende mogelijkheid voordoet om het belang te behartigen (het subsidiariteitsbeginsel), men die zeker moet benutten. Daarnaast omvat de proportionaliteitstoetsing bij overmacht een zwaardere eis dan bij noodweer. Immers, ingeval van noodweer vereist de afweging aan het proportionaliteitsbeginsel 'slechts' dat er tussen het te beschermen belang en het aan te tasten belang geen wanverhouding bestaat. Daarbij wordt aangenomen dat het te beschermen belang niet zwaarder hoeft te wegen dan het te treffen belang. Een zekere mate van onevenredigheid wordt hier dus toegelaten. Bij de overmachtbevoegdheid ligt dit evenwel anders. Daar is pas voldaan aan de proportionaliteitstoetsing als het te beschermen belang zwaarder weegt dan het aan te tasten belang.

Geconstateerd kan dus worden dat in het strafrecht zowel van het subsidiariteits- als van het proportionaliteitsbeginsel in abstracto een omschrijving kan worden gegeven, maar dat de beginselen naargelang de aard en het karakter van de bevoegdheid strikte of juist ruimere grenzen kunnen trekken.⁷⁸

75 Machielse 1986, p. 524, alwaar ook verdere verwijzingen. Ter volledigheid zij opgemerkt dat de opvatting van Machielse zelf wat genuanceerder ligt. Hij is namelijk van mening dat ook bij overmacht sprake kan zijn van rechtsverdediging, waardoor de invulling van de subsidiariteits- en proportionaliteitstoetsing niet aanzienlijk van elkaar verschillen: Machielse 1986, p. 525-526, 528.

76 Machielse 1986, p. 524.

77 Vgl. Machielse 1986, p. 524-526, 718-719.

78 Zie overigens met betrekking tot de vraag in hoeverre de in het strafrecht verrichte (subsidiariteits- en proportionaliteits)toetsing gelijk uitvalt in het civiele recht als het gaat om de vraag naar de aanwezigheid van een rechtvaardigings- en/of strafuitsluitingsgrond ex art. 6:162 lid 2 BW, Sieburgh 2003, p. 647-683. Kort samengevat, meent zij dat voor de invulling van de rechtvaardigings- e/o

2.4 Tussenconclusie

In de voorgaande paragrafen is naar voren gekomen dat in het strafproces- en strafrecht bij de keuze uit een arsenaal aan bevoegdheden een belangenafweging dient te worden verricht. Deze belangenafweging vindt plaats aan de hand van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. De idee achter de beginselen wordt treffend verwoord in de principiële overwegingen uit de toelichting op de justiebegroting 1990-1991:⁷⁹

‘De overheid – ook de opsporende, vervolgende en straffende overheid – mag geen overkill toepassen’

Dit betekent ⁸⁰

‘ dat het overheidshandelen altijd moet berusten op redelijke gronden. Het moet dus steeds kunnen worden verantwoord als nuttig, als vereist en ook als qua effect redelijk ’

Tegen deze achtergrond kunnen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het strafproces- en het strafrecht dus geplaatst worden. Zo wordt zowel in het strafprocesrecht als in het strafrecht in het kader van de te verrichten belangenafweging door het subsidiariteitsbeginsel vereist dat als gekozen kan worden uit een aantal bevoegdheden de minst ingrijpende bevoegdheid(suitoefening) dient te worden toegepast mits daarmee het beoogde doel (het te dienen belang) evengoed kan worden bereikt als met een verdergaande bevoegdheid(suitoefening). Het beginsel van subsidiariteit is derhalve gebaseerd op de gedachte dat ter bereiking van een bepaald doel enkel dat middel evenredig is dat, gelet op de overige middelen, het minst ingrijpend is. Vervolgens vergt het beginsel van proportionaliteit dat er geen onevenredigheid mag bestaan tussen het met de bevoegdheid beoogde doel (het te dienen belang) enerzijds en de nadelige gevolgen van de bevoegdheidsuitoefening (het te schaden belang) anderzijds. Kort samengevat, impliceert het proportionaliteitsbeginsel dat de (wijze van) uitoefening van een bevoegdheid een ander niet onevenredig zwaar mag treffen.

Zoals gezegd, moeten de beginselen in het strafproces- en strafrecht in acht genomen worden bij de toepassing van (een arsenaal aan) bevoegdheden. Voor de

strafuitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht niet uitsluitend te rade moet worden gegaan bij het strafrecht, gelet op de verschillende achtergronden en doeleinden van het burgerlijke recht enerzijds en het strafrecht anderzijds. Toegespit op deze studie betekent dit dat Sieburgh meent dat de invulling van de subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginselen verschillend kan uitvallen naar gelang deze toetsing wordt verricht in het straf- dan wel in het civiele recht. Vgl. in dit verband bijvoorbeeld p. 658 waar zij schrijft dat ‘() een civielrechtelijke belangenafweging een andere inhoud en uitkomst kan hebben dan een strafrechtelijke’. Dit lijkt mij juist. Zie recentelijk over de betekenis van de invulling van de strafrechtelijke rechtvaardigingsgronden voor het bestuursrecht de Memorie van Toelichting bij het ontwerp voor de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht TK 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 70.

79 Toelichting op de Justiebegroting, TK 1990-1991, 21 800 nr. 2, p. 3.

80 Toelichting op de Justiebegroting, TK 1990-1991, 21 800 nr. 2, p. 3.

strafprocessuele bevoegdheden betekent dit dat de *strafvorderlijke autoriteit* aan beide beginselen is gebonden.⁸¹ In het materiële strafrecht brengen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit evenwel grenzen aan op de uitoefening van bevoegdheden door een *burger*: onder bepaalde omstandigheden is hij 'bevoegd' om een strafbaar feit te begaan.

Gebleken is verder dat de beginselen op twee niveaus beperkingen aanbrengen op de keuzevrijheid van de strafvorderlijke autoriteit of van de burger. Ten eerste vormen zij 'in het algemeen' voorwaarden voor het bestaan van een bevoegdheid. Is op dit algemene niveau aan de beginselen voldaan en kan de bevoegdheid worden uitgeoefend, dan zijn zij vervolgens van toepassing bij het bepalen van de wijze van (bevoegdheids)uitoefening. De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit spelen met andere woorden een rol bij het eerste keuzemoment (wordt er gebruik gemaakt van de bevoegdheid?) alsmede ten aanzien van het tweede keuzemoment (zo ja, hoe dan?).

Daarmee is de inhoud en betekenis van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het strafproces- en strafrecht komen vast te staan. Thans zal worden onderzocht of er verschil bestaat met de invulling van deze beginselen zoals die gelden in het bestuursrecht.

2.5 De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het bestuursrecht

In verband met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit wordt in het bestuursrecht vaak gesproken van (enkel) het evenredigheidsbeginsel.⁸² De term 'evenredigheidsbeginsel' kan echter tot verwarring aanleiding geven. Lange tijd is het namelijk alleen in de betekenis van proportionaliteitsbeginsel beperkt gebleven tot de bevoegdheid van een bestuursorgaan tot strafoplegging.⁸³ Met het verstrijken der jaren heeft het evenredigheidsbeginsel evenwel een ruimere strekking gekregen.⁸⁴

81 Overigens vormt de bevoegdheid tot strafoplegging een buitenbeentje, nu daarvoor louter de proportionaliteitsstoetsing, en dus niet de subsidiariteitsstoetsing wordt gesteld. De rechter is immers niet verplicht de minst vergaande straf op te leggen

82 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 48 en zie Van der Meulen 1991, p. 267, alwaar hij schrijft: '(...) het evenredigheidsbeginsel, meer specifiek: de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit'

83 Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 408; Ten Berge en Michiels 2001, p. 331, Van Ballegooij 2001, p. 143; Addink 1999, p. 169; De Moor-van Vugt 1995, p. 1, 159-160; Van Gerven 1995, p. 4, De Lange 1991, p. 156 en 159, Van der Meulen 1991, p. 275

84 Ten Berge en Michiels 2001, p. 331 en p. 336-337; Van Ballegooij 2001, p. 144, Addink 1999, p. 170-171. Gesteld wordt wel dat het evenredigheidsbeginsel voornamelijk tot ontwikkeling is gekomen onder invloed van het Europese recht. Van Gerven 1995, p. 4. Vgl. ook de MvT bij art. 3:4 lid 2, PG Awb I, p. 211. Zie voor de betekenis van het evenredigheidsbeginsel in het gemeenschapsrecht Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 346, Van Ballegooij 2001, p. 147, Van Gerven 1995, p. 4-14, dezelfde 1991, p. 75-77, De Moor-van Vugt 1995, p. 75 e.v. Overigens komt laatstgenoemde in haar dissertatie tot de conclusie dat het evenredigheidsbeginsel zoals dat wordt gehanteerd in het Nederlandse bestuursrecht overeenkomt met de toepassing ervan in het Europese

Zo komt in deze paragraaf naar voren dat dit beginsel thans in acht moet worden genomen bij de uitoefening van (bestuursrechtelijke) bevoegdheden in het algemeen, waarbij het beginsel bovendien niet alleen een proportionaliteitstoetsing maar ook een subsidiariteitstoetsing omvat.

Nu het evenredigheidsbeginsel – als gezegd – lange tijd heeft gefungeerd als een beginsel dat slechts bij de bevoegdheid tot het opleggen van sancties aan de orde was, behandel ik in het navolgende eerst deze bevoegdheid.

2.5.1 *Het opleggen van sancties*

Een bestuursorgaan kan de naleving van bestuursrechtelijke normen afdwingen met een sanctie. Deze sanctie kan een bestraffend (punitief) dan wel een herstellend (reparatoir) karakter dragen.⁸⁵ De *bestraffende* sanctie beoogt leedtoevoeging en vergelding (straf).⁸⁶ Een voorbeeld hiervan is de bestuurlijke boete.⁸⁷ De *herstelsanctie* is gericht op het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, op het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel op het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.⁸⁸ Kort en goed, gaat het bij een herstelsanctie om het bereiken van een situatie die in overeenstemming is met wat het recht eist. De belangrijkste voorbeelden van herstelsancties zijn de (last onder) bestuursdwang en de (last onder) dwangsom.⁸⁹ Het begrip sanctie is dus ruimer dan het begrip straf, nu het niet slechts ziet op bestraffing maar evenzeer op hand-

recht: De Moor-van Vugt 1995, p. 268.

85 Aldus volgt uit art. 5.0.2 lid 1 van het eind juli 2004 bij de Tweede Kamer ingediende ontwerp voor de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (verder aangeduid als Awb-4). Zie: TK 2003-2004, 29 702, nr. 2, p. 10. Overigens wordt in de jurisprudentie nog een derde soort sancties onderscheiden die theoretisch tot de bestraffende sancties behoort maar waarop niet alle daarvoor geldende regels worden toegepast; het gaat daarbij om de bestraffende terugvorderingen van subsidies en uitkeringen. Zie hierover nader: Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 437-438. Voor de gelding van het evenredigheidsbeginsel heeft dit onderscheid evenwel geen gevolgen, zodat deze tussencategorie hier verder buiten beschouwing blijft.

86 Aldus luidt art. 5.0.2 lid 1 Awb-4. Zie ook: Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 437; Ten Berge en Michiels 2001, p. 407-408; Addink 1999, p. 306.

87 Vgl. art. 5.4.1.1 Awb-4.

88 Art. 5.0.2 lid 1 Awb-4. Zie ook: Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 437; Ten Berge en Michiels 2001, p. 407; Addink 1999, p. 306.

89 Deze herstelsancties worden in het ontwerp geregeld in titel 5.3 (afdeling 5.3.1 en afdeling 5.3.2) Awb-4. Overigens is daarmee geen inhoudelijke wijziging beoogd van de thans voor de (last onder) bestuursdwang en de (last onder) dwangsom geldende regelingen in afdeling 5.3 resp. afdeling 5.4 (zoals in 1998 ingevoerd).

having van het objectieve recht als zodanig.⁹⁰ Anders gezegd: sancties omvatten niet alleen middelen die leedtoevoeging beogen, maar ook middelen van rechtshandhaving.

Van oudsher vereist het proportionaliteitsbeginsel bij het opleggen van een bestraffende sanctie dat de zwaarte van die sanctie niet onevenredig mag zijn in verhouding tot de ernst van de normovertreding.⁹¹ Men spreekt hier wel van het evenredigheidsbeginsel als 'klassiek beginsel van sanctierecht' dat ook in het straf- en tuchtrecht geldt.⁹² Volgens sommige schrijvers verschilt dit op de oplegging van bestraffende sancties toegesneden 'klassieke' evenredigheidsbeginsel van het 'algemenere' evenredigheidsbeginsel dat geldt voor de oplegging van herstelsancties.⁹³ Dit heeft gevolgen voor de invulling van art. 3:4 lid 2 Awb. Deze bepaling luidt:

'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'

Algemeen wordt aangenomen dat als het gaat om de keuze uit een arsenaal aan herstelsancties deze bepaling meebrengt dat de nadelige gevolgen van de gekozen herstelsanctie (middel) niet disproportioneel mogen zijn in verhouding tot het doel dat men met deze sanctie wil bereiken.⁹⁴ De proportionaliteitstoetsing komt bij de toepassing van een herstelsanctie dus neer op een doel-middelafweging. Daarnaast vereist de evenredigheidstoetsing van art. 3:4 lid 2 Awb dat de gekozen herstelsanctie in overeenstemming is met het subsidiariteitsbeginsel. Gesteld wordt dat deze bepaling impliceert dat de nadelige gevolgen van een bevoegdheidsuitoefening niet zwaarder mogen zijn dan strikt noodzakelijk.⁹⁵ Dit betekent dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bepaalde herstelsanctie niet kan worden uitgeoefend, zodra er een minder vergaand alternatief bestaat waarmee het beoogde doel evengoed kan worden be-

90 De Moor-Van Vugt 1995, p. 161. Omwille van de volledigheid wil ik nog erop wijzen dat het bestuursrecht naast de (last onder) bestuursdwang, de (last onder) dwangsom en de bestuurlijke boete nog diverse andere (bestraffende en herstel)sancties kent zoals de intrekking van een begunstigde beschikking, de bestuurlijke waarborgsom, de uitsluiting, het aanbrengen van wielklemmen, de uitzetting van vreemdelingen, de maatregel in het sociale zekerheidsrecht en de disciplinaire straf in het ambtenarenrecht.

91 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 435; Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 408-409; Ten Berge en Michiels 2001, p. 336, Van Ballegooij 2001, p. 143-144, Addink 1999, p. 170-171; De Moor-Van Vugt 1995, p. 159, 164, Nicolai 1991b, p. 30, Nicolai 1990, p. 324. Voor de bevoegdheid tot oplegging van de bestuurlijke boete (een bestraffende sanctie) is de proportionaliteitstoetsing neergelegd in het (ontwerp)art 5.4.1.7 lid 2 Awb-4. Zie nader hierover de MvT behorend bij deze bepaling TK 2003-2004, nr. 3, p. 112.

92 MvT bij art. 5.4.1.7 lid 2, TK 2003-2004, nr. 3, p. 112; De Moor-van Vugt 1995, p. 159-160; Nicolai 1990, p. 240-241. Dit is overigens juist ook bij de strafoplegging in het strafrecht brengt het proportionaliteitsbeginsel van oudsher immers mee dat de op te leggen straf niet onevenredig mag zijn in verhouding tot de ernst van het strafbare feit. Zie § 2.2.1.

93 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 435; Nicolai 1991a, p. 187, dezelfde 1991b, p. 31.

94 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 435 jo p. 48; Ten Berge en Michiels 2001, p. 336-337, Van Ballegooij 2001, p. 144; Addink 1999, p. 172; Nicolai 1991a, p. 187-188,

95 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 329

reikt.⁹⁶ Alsdan zijn de nadelige gevolgen van de gekozen herstelsanctie immers niet strikt noodzakelijk. Gaat het daarentegen om de keuze uit het arsenaal aan bestraffende sancties dan omvat de evenredigheidstoetsing van art. 3:4 lid 2 Awb enkel de (klassieke) proportionaliteitstoetsing.⁹⁷ Zodra de straf door de ernst van de normovertreding wordt gerechtvaardigd (de proportionaliteitstoetsing), is oplegging ervan mogelijk en is het bestaan van een minder ingrijpende (bestraffende) sanctie irrelevant.⁹⁸ Dit betekent dus dat de uitoefening van de bevoegdheid tot oplegging van een bestraffende sanctie niet is onderworpen aan het subsidiariteitsbeginsel.

Nu de proportionaliteitstoetsing bij bestraffende sancties wordt aangelegd tussen de ernst van de normovertreding en de (nadelige gevolgen van de) sanctie, terwijl bij herstelsancties de proportionaliteitstoetsing ziet op de verhouding tussen het doel van de sanctie en de nadelige gevolgen ervan en daarnaast geldt dat de subsidiariteitstoetsing enkel bij de oplegging van herstelsancties van toepassing is, wordt wel

96 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 329 en p. 435 jo p. 48; Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 405 en p. 610, De Moor-van Vugt 1995, p. 207-208

97 Overgens wordt algemeen aangenomen dat de *door de rechter* te verrichten proportionaliteitstoetsing ex art. 3:4 lid 2 Awb bij het opleggen van herstelsancties terughoudend is (kon het bestuursorgaan in redelijkheid komen tot het oordeel dat deze gevolgen niet onevenredig waren?), terwijl als de rechter ex art. 3:4 lid 2 Awb de oplegging van een bestraffende sanctie moet beoordelen, hij niet slechts marginaal, maar volledig aan het proportionaliteitsbeginsel dient te toetsen (de rechter mag zijn eigen oordeel over de hoogte van de straf in de plaats stellen van het oordeel van het bestuursorgaan). Dit laatste geldt ook indien de hoogte van de bestraffende sanctie dwingend is vastgelegd in een wettelijke regeling: Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 442, MvT bij art. 5.4.1.7 Awb-4, TK 2003-2004, nr. 3, p. 112-113, Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 409, 593 en p. 639; Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 409; Ten Berge en Michiels 2001, p. 332 en 338; Van Ballegooij 2001, p. 145; Addink 1999, p. 172 en p. 306-307 en p. 310. Omwille van de volledigheid wil ik erop wijzen dat de *door de rechter* te verrichten proportionaliteitstoetsing van opgelegde bestuurlijke sancties (evenzeer) voortvloeit uit (de beschermende werking van) art. 6 EVRM. Zo heeft het EHRM overwogen dat de rechter bij de beoordeling van door het bestuur opgelegde sancties bevoegd moet zijn tot een 'assessment of the proportionality of the sanction'. EHRM 10 februari 1983, *NJ* 1987, 315. Zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 442, Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 639, Ten Berge en Michiels 2001, p. 421 e.v. met nadere verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur.

98 Wel kan de subsidiariteitstoetsing bij de bestraffende sanctie een rol spelen in het kader van de vraag naar de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Zo volgt uit art. 5:0.5 Awb-4 dat het bestuursorgaan een bestuurlijke (waaronder een bestraffende) sanctie niet kan opleggen indien voor de (norm)overtreding een rechtvaardigingsgrond bestaat. In de MvT wordt daarbij als voorbeeld genoemd het geval waarin een bedrijf de naleving van voorschriften gericht op de bescherming van de veiligheid van omwonenden of van het milieu noodzakelijk maakt om te handelen in strijd met voorschriften op het gebied van de arbeidsomstandigheden of arbeidstijden. 'Daarvoor behoort dan geen bestuurlijke sanctie te kunnen worden opgelegd, mits is voldaan aan de – ook in het strafrecht gestelde – eis van proportionaliteit: men moet uit twee kwaden wel het minste kiezen.' Aldus MvT, TK 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 70. Hoewel hier gesproken wordt van 'de eis van proportionaliteit', gaat het bij de regel dat men uit twee kwaden het minste moet kiezen in wezen om het subsidiariteitsbeginsel dat immers proportionaliteit vereist van het gekozen middel in verhouding tot andere (minder ingrijpende) middelen.

verdedigd dat bij de toepassing van art. 3:4 lid 2 Awb het 'klassieke' en het 'algemenere' evenredigheidsbeginsel naast elkaar dienen te worden toegepast.⁹⁹

Volgens De Moor-van Vugt bestaat er evenwel geen reden om naast het 'algemene' evenredigheidsbeginsel, een apart evenredigheidsbeginsel voor bestraffende sancties te hanteren.¹⁰⁰ Ten aanzien van het verschil in proportionaliteitstoetsing stelt zij, als ik het goed zie, dat ook bij het 'klassieke' proportionaliteitsbeginsel een belangenafweging gemaakt wordt. Weliswaar ziet de proportionaliteitstoetsing bij bestraffende sancties op de verhouding tussen de ernst van de normovertreding en de zwaarte van de (bestraffende) sanctie, maar, zo meent zij, de (afwegings)factor 'de ernst van de normovertreding' komt in wezen neer op de mate waarin het te beschermen belang (doel) is aangetast. Dit te beschermen belang (doel) mag niet in een onevenredige verhouding staan tot de nadelige gevolgen van de straf (middel) voor de belangen van de overtreder.¹⁰¹ Aldus opgevat, komt de 'klassieke' proportionaliteitstoetsing overeen met de (doel-middelfafweging van de) 'algemenere' proportionaliteitstoetsing.

De opvatting van De Moor-van Vugt aangaande de betekenis van het proportionaliteitsbeginsel is volgens mij te vergelijken met die van Corstens. Hij gaat er immers voor de strafoplegging in het strafrecht vanuit dat in dat kader een behoorlijke belangenafweging moet worden gemaakt. In dat verband vereist het proportionaliteitsbeginsel zijns inziens evenzeer dat er evenredigheid moet bestaan tussen het belang dat door de strafoplegging wordt gediend (doel) enerzijds, en het belang van de overtreder dat daardoor wordt geschaad (gevolgen van het middel) anderzijds.¹⁰²

Daarnaast voert De Moor-van Vugt nog aan dat het dezelfde factoren zijn die bepalen in hoeverre de oplegging van een bestraffende sanctie dan wel van een herstelsanctie proportioneel is. Zo zijn in beide gevallen de aard en ernst van de normovertreding, de belangen van de overtreder en de houding van de overheid van belang voor de vraag of de sanctie als proportioneel kan worden aangemerkt.¹⁰³ Het proportionaliteitsbeginsel wordt in haar visie bij de oplegging van beide soorten sancties dus *in abstracto* op gelijke wijze ingevuld. Dit betekent dat de proportionaliteitstoetsing van art. 3:4 lid 2 Awb een gelijke invulling kent als die bij de bevoegdheid tot sanctieoplegging.¹⁰⁴

Dat de subsidiariteitstoetsing bij het treffen van bestraffende sancties niet van toepassing is, wordt door De Moor-van Vugt bestreden. Weliswaar erkent zij dat bij het treffen van een bestraffende sanctie niet expliciet getoetst wordt aan het subsidiariteitsbeginsel, maar zij meent niettemin dat het subsidiariteitsbeginsel ook daar, zij het impliciet, een rol speelt. Zo stelt zij dat achter de kwalificatie van de feiten dit beginsel indirect aan de orde komt. De achterliggende gedachte bij het kwalificeren

99 Nicolai 1991a, p. 187; dezelfde 1991b, p. 31, vgl. ook Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 435 en p. 438-442 en Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 408.

100 De Moor-van Vugt 1995, p. 209.

101 Vgl. De Moor-van Vugt 1995, p. 206.

102 Zie nader § 2.2.1.

103 De Moor-van Vugt 1995, p. 208.

104 De Moor-van Vugt 1995, p. 209. Zoals gezegd, is de proportionaliteitstoetsing voor de oplegging van een bestuurlijke boete inmiddels neergelegd in (het ontwerp) art. 5:4 I 7 lid 2 Awb-4.

van de feiten is immers of deze de oplegging van de (bestraffende) sanctie rechtvaardigen Omdat die kwalificatie van de feiten evenwel plaatsvindt op grond van een wettelijke delictsomschrijving, ondervindt de toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel als zodanig geen aparte behandeling ¹⁰⁵

Wanneer de feiten passen in de omschrijving, is de bevoegdheid om over te gaan tot sanctie oplegging gegeven '

Tot slot wijst zij erop dat het ook bij de oplegging van herstelsancties in wezen gaat om de kwalificatie van een feitencomplex en wel op zodanige wijze dat dit complex de (herstel)sanctie rechtvaardigt De Moor-van Vugt meent kortom dat de toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel plaatsvindt in het kader van de kwalificatie van de feiten Bij het treffen van een herstelsanctie gebeurt dit expliciet, bij het opleggen van een bestraffende sanctie impliciet nu daar de subsidiariteitsafweging beslissend is die de wetgever reeds heeft gemaakt Dit zou betekenen dat de bevoegdheid tot het treffen van een bestraffende sanctie ook begrensd wordt door het subsidiariteitsbeginsel, zij het dat deze grenzen al in eerder stadium – door de wetgever – zijn vastgelegd

Wat hier verder ook van zij, voor deze studie is van belang dat de vrijheid te kiezen uit een arsenaal aan sancties in het bestuursrecht begrensd wordt door het evenredigheidsbeginsel Gaat het om de oplegging van een bestraffende sanctie dan omvat het evenredigheidsbeginsel louter de proportionaliteitstoetsing Deze toetsing wordt in dat geval van oudsher aangelegd tussen de ernst van de normovertreding (het te beschermen belang) en (de nadelige gevolgen van) de sanctie Evenzo kan de keuze voor een bepaalde herstelsanctie 'slechts' door de beugel als er geen onevenredigheid bestaat tussen het belang dat door de sanctie wordt gediend (doel) enerzijds en het daardoor te schaden belang van de overtreder (de nadelige gevolgen) anderzijds Daarnaast behelst het evenredigheidsbeginsel bij de oplegging van herstelsancties een toetsing aan het beginsel van subsidiariteit Deze toetsing komt erop neer dat nagegaan moet worden of er geen minder ingrijpend alternatief voorhanden is waarmee het (met de herstelsanctie) beoogde doel evengoed kan worden bereikt

2.5.2 Overig bestuurshandelen

In de vorige paragraaf is art 3.4 lid 2 Awb besproken in het kader van de bevoegdheid tot sanctieoplegging Het toepassingsbereik van deze bepaling is evenwel groter Zo volgt uit art 3.1 Awb dat art 3.4 lid 2 Awb van toepassing is op besluiten en handelingen van bestuursorganen Dit betekent dat art 3.4 lid 2 Awb in aanmerking moet worden genomen bij beschikkingen, bij het opstellen van algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels, plannen, privaatrechtelijk handelen en feitelijk handelen, 'voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet' (art 3.1 lid 1 sub a en art 3.1 lid 2) Het artikel doelt dus op de afweging die gemaakt moet worden

105 De Moor van Vugt 1995 p. 207

bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden in het algemeen.¹⁰⁶ Het eerste lid van art. 3:4 omvat de procedurele eis dat belangen worden afgewogen. Het tweede lid stelt de inhoudelijke eis dat die belangenafweging moet voldoen aan het evenredigheids criterium.¹⁰⁷ Aan de hand van een nadere bestudering van art. 3:4 lid 2 Awb zal thans beknopt worden nagegaan welke betekenis toekomt aan de beginselen subsidiariteit en proportionaliteit bij de uitoefening van (bestuursrechtelijke) bevoegdheden in het algemeen.

2.5.3 Art. 3:4 lid 2 Awb

De Memorie van Toelichting bij art. 3:4 Awb stelt dat het tweede lid een mengeling bevat van het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Daarbij wordt aangegeven dat deze drie beginselen niet scherp ten opzichte van elkaar kunnen worden afgegrensd.¹⁰⁸ Zo hangen de beginselen nauw met elkaar samen in die zin dat zij alledrie normen geven voor de door het bestuur te verrichten belangenafweging.

Ten aanzien van het willekeurverbod wordt wel gesteld dat dit met name betrekking heeft op het beleid en zich niet zozeer richt tot het bestuur, maar het eerst en vooral een (marginale) toetsingsmaatstaf omvat voor de rechter.¹⁰⁹ Er is sprake van willekeur als een bestuursorgaan bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot een bepaald besluit had kunnen komen, en afweging van die belangen dus geacht moet worden niet te hebben plaatsgevonden.¹¹⁰

106 Vgl. De Moor-van Vugt 1995, p. 211 en ook Van der Meulen 1991, p. 275 die stelt dat de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit toepasbaar zijn op alle vormen van ingrijpend overheidshandelen. Zie voorts Stijnen 2003, p. 1946-1947 die de jurisprudentie inzake verkeersbesluiten aanhaalt als illustratie van de wijze waarop de bestuursrechter art. 3:4 Awb toepast.

107 Ten aanzien van dit criterium wordt in de MvA II bij art. 3:4, PG Awb I, p. 212 overigens opgemerkt dat het tweede lid niet is geformuleerd als een toetsingsmaatstaf voor de rechter, maar als een norm rechtstreeks gericht tot het bestuur zelf. Bij de toetsing van besluiten door de rechter moet worden bedacht, aldus de MvA, dat hij in de regel een zekere mate van beoordelingsvrijheid aan bestuursorganen moet laten en het niet de bedoeling is dat de rechter gaat beoordelen welke nadelige gevolgen nog juist wel als evenredig en welke dus niet meer als evenredig kunnen worden beschouwd. De met behulp van een dubbele ontkenning geformuleerde norm 'niet onevenredig' brengt met zich mee dat de rechter alleen mag ingrijpen, wanneer voor hem vaststaat dat de gevolgen voor een belanghebbende in vergelijking met de te dienen doelen onevenredig zullen zijn. In zoverre kan het evenredigheidsbeginsel dus een verschillende uitwerking hebben naargelang het zich richt tot het bestuur dan wel wordt gehanteerd door de rechter.

108 PG Awb I, p. 210.

109 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 336, Addink 1999, p. 93. In zelfde zin Nicolai 1990, p. 324. Ook de MvT bij art. 3:4 lid 2, PG Awb I, p. 210 stelt overigens dat het willekeurverbod 'is geformuleerd als maatstaf voor marginale toetsing door de rechter, die zich niet goed leent voor omzetting in een tot het bestuur gericht verbod of gebod'. Art. 3:4 lid 2 wordt daarom toegespitst op 'de gevallen waarin de 'willekeur' bestaat in onevenredigheid tussen doel en middel (met de daaraan voor belanghebbenden verbonden gevolgen)'. Zie PG Awb I, p. 211.

110 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 335, Ten Berge en Michiels 2001, p. 329-330, Addink 1999, p. 94 e.v.

Het materiële zorgvuldigheidsbeginsel ziet op de zorgvuldigheid van de door het bestuursorgaan bij de besluitvorming te verrichten belangenafweging.¹¹¹ Zo wil het enerzijds dat alle relevante aspecten bij het nemen van een besluit worden meegewogen en dat ze daarbij het gewicht krijgen dat ze verdienen. Daarnaast wil het dat het bestuursorgaan zich niet vergist, dat het uit de voorhanden gegevens de juiste conclusie trekt.¹¹² In het verlengde daarvan vereist het evenredigheidsbeginsel dat overheidsmaatregelen zo min mogelijk schade veroorzaken aan de belangen van derden.¹¹³ Het brengt derhalve mee dat het bestuursorgaan verplicht is een onderzoek in te stellen naar de voor een burger minst bezwarende oplossing om het beoogde doel te bereiken.¹¹⁴ In plaats van het subsidiariteitsbeginsel wordt in dit verband vaak gesproken van het beginsel van de minste pijn.¹¹⁵ Voorts omvat het evenredigheidsbeginsel de eis dat de lasten niet onevenredig zwaar mogen zijn, gezien de doelen die het besluit wil dienen (het proportionaliteitsbeginsel).¹¹⁶ Het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel kunnen bovendien zowel beperkingen meebrengen bij de keuze voor een bepaalde bevoegdheid als zodanig, als bij de keuze voor de 'modaliteit', de wijze van uitoefening van de bevoegdheid.¹¹⁷

Nicolai meent dat de grondregel van minimale belangenaantasting,¹¹⁸ hetgeen besloten ligt in het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, nader tot uitdrukking komt in het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging. Dit beginsel is volgens hem opgenomen in art. 3:4 lid 2. Zijn voorkeur gaat uit naar deze term om twee redenen.

Ten eerste omdat de term 'evenredigheidsbeginsel' naar zijn mening sterke associaties oproept met het proportionaliteitsbeginsel. Dit is volgens Nicolai ongewenst omdat het beginsel van proportionaliteit naar zijn oordeel alleen van toepassing is op het terrein van het sanctierecht en daar ook een beperktere omvang heeft dan het 'algemenere' evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2, en wel omdat het bij de sanctieoplegging alleen ziet op de eis dat er een proportionele verhouding dient te bestaan tussen de zwaarte van de sanctie en de ernst van de normovertreding. Daarnaast meent hij dat de in art. 3:4 lid 2 genoemde evenredigheid tussen het doel van het middel en de gevolgen ervan, geen maatstaf is aan de hand waarvan het bestuur kan bepalen welk middel geoorloofd is. De geformuleerde norm betekent volgens hem niet meer dan dat het bestuur bij zijn belangenafweging 'de redelijkheid' heeft te betrachten. Ook de eis dat het middel mag ingrijpen in de belangen van burgers, doch niet verder dan nodig is (subsidiariteitsbeginsel), en ook in dat opzicht evenredig

111 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 328; Addink 1999, p. 187-188.

112 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 328 en vgl. Addink 1999, p. 188 e.v.

113 Evenzo Ten Berge en Michiels 2001, p. 330

114 Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 405; Ten Berge en Michiels 2001, p. 330.

115 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 329; Ten Berge en Michiels 2001, p. 330; Addink 1999, p. 188.

116 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2005, p. 329; Addink 1999, p. 172.

117 Vgl. Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 405-406.

118 Deze term wordt ook gebruikt in Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003, p. 56-57 en p. 405.

dient te zijn, geeft naar het oordeel van Nicolai ook geen nadere aanwijzing dan dat het bestuur bij het maken van zijn keuze uit de verschillende middelen de redelijkheid in acht moet nemen. Nicolai brengt de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit dus onder de noemer van de redelijkheid.

De Moor-van Vugt stelt evenwel dat er geen fundamenteel verschil bestaat tussen het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.¹¹⁹ Beide vereisen dat de verschillende belangen op de juiste wijze worden gewogen. Toch verdient het evenredigheidsbeginsel haar voorkeur, nu de deelcriteria van dit beginsel een preciezer kader geven voor de belangenafweging.¹²⁰ Zo moet namelijk ten eerste worden bezien welke maatregel het minst ingrijpend is (de subsidiariteitsafweging). Vervolgens moet worden nagegaan of de gekozen maatregel wel in een evenredige verhouding staat tot het te dienen doel, gezien de aard van de betrokken belangen en de mate waarin zij door de maatregel worden geschaad (de proportionaliteitsafweging).¹²¹

Welke indeling c.q. onderscheiding men ook maakt en welke etiketten men ook op de 'normen' plakt, duidelijk is dat art. 3:4 lid 2 Awb de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit omsluit, die daarmee van toepassing zijn op alle vormen van bestuurshandelen.¹²² In dit verband werken de omschrijvingen die Van der Meulen geeft van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit verhelderend:¹²³

'... het subsidiariteitsbeginsel (houdt) in dat wanneer een bepaald doel, dat met overheids-optreden wordt beoogd, langs meerdere wegen kan worden bereikt, de voor de burger minst ingrijpende weg moet worden gekozen. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat er evenredigheid (althans geen disproportionaliteit) dient te bestaan tussen de rechtsinbreuk waarop wordt gereageerd, dan wel (het belang van) het doel van het overheids-optreden enerzijds en de daartoe gebezigde middelen anderzijds, met name wat de ingrijpendheid van deze middelen betreft.'

2.6 Conclusie: inhoud en betekenis van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit

Geconcludeerd kan worden dat in het straf-, strafproces- en bestuursrecht geldt dat als een rechthebbende ter behartiging van een bepaald belang, de keuze heeft uit een aantal verschillende bevoegdheden een belangenafweging moet worden verricht. Om nu te bewerkstelligen dat de vereiste belangenafweging op een evenwichtige wijze plaatsvindt, wordt deze afweging gemaakt aan hand van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.

119 De Moor-van Vugt 1995, p. 221-222, 227

120 De Moor-van Vugt 1995, p. 222, 268

121 De Moor-van Vugt 1995, p. 268. Deze afweging vindt volgens haar juist versluierd plaats bij het materiële zorgvuldigheidbeginsel: De Moor-van Vugt 1995, p. 221-222.

122 Vgl. Van der Meulen 1991, p. 275

123 Van der Meulen 1991, p. 274

De toetsing aan de beginselen vindt in de drie onderzochte terreinen met name plaats als het gaat om de (keuze tot) uitoefening van *discretionaire* bevoegdheden. Dit is van belang, want ten aanzien van een discretionaire bevoegdheid beschikt de gerechtigde in principe over de vrijheid om al dan niet van de bevoegdheid gebruik te maken. Daarnaast staat bij een dergelijke bevoegdheid ook de wijze van bevoegdheidsuitoefening ter discretie van de gerechtigde. Gebleken is dat de vrijheid bij beide keuzemomenten door de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit wordt begrensd.

Voorts is komen vast te staan dat de beginselen zowel in het straf-, strafproces- als in het bestuursrecht van groot belang zijn bij bevoegdheden tot oplegging van een sanctie. Onder sancties vallen niet alleen middelen die leedtoevoeging beogen (bestraffende sancties), maar ook middelen van rechtshandhaving (rechtshandhavende sancties). De bevoegdheid tot het opleggen van straffen en de bevoegdheid tot het opleggen van rechtshandhavende sancties moeten vanuit subsidiariteits- en proportionaliteitsoogpunt evenwel van elkaar worden onderscheiden. Gebleken is namelijk dat als het gaat om de oplegging van rechtshandhavende sancties er zowel aan het subsidiariteitsbeginsel als aan het proportionaliteitsbeginsel wordt getoetst. Met betrekking tot het opleggen van straffen dient daarentegen louter een afweging plaats te vinden aan het proportionaliteitsbeginsel, een afzonderlijke subsidiariteitstoetsing wordt dan dus niet vereist en wel omdat bij de bevoegdheid tot het opleggen van bestraffende sancties de subsidiariteitsafweging beslissend is die reeds in een eerder stadium door de wetgever is gemaakt. Van de beginselen valt de volgende omschrijving te geven.

Het subsidiariteitsbeginsel brengt in de drie genoemde rechtsgebieden mee dat de toepassing van een bepaalde bevoegdheid pas gerechtvaardigd is als er géén minder vergaand alternatief bestaat waarmee het te dienen belang (het doel) evengoed kan worden bereikt. Het subsidiariteitsbeginsel vereist dus dat uit het arsenaal van beschikbare bevoegdheden *de minst vergaande bevoegdheid* dient te worden gekozen, mits zij het beoogde belang (het doel) evengoed kan dienen als de meer ingrijpende bevoegdheid of bevoegdheden. Als gezien, is het subsidiariteitsbeginsel in de onderzochte rechtsgebieden vervolgens van invloed bij het bepalen van de wijze van uitoefening van de in aanmerking komende bevoegdheid (het tweede keuzemoment). Het subsidiariteitsbeginsel vereist dus in de tweede plaats dat *de minst ingrijpende wijze van uitoefening van de bevoegdheid* wordt gekozen, althans zolang daarmee het beoogde belang afdoende kan worden gediend. Aldus blijkt dat het subsidiariteitsbeginsel een werking kent op twee niveaus: (i) in het algemeen als voorwaarde voor het kunnen uitoefenen van een bevoegdheid en ter afbakening van andere bevoegdheden en (ii) meer in het bijzonder ten aanzien van de verschillende wijzen van uitoefening van een bepaalde bevoegdheid. In het vervolg duid ik dit aan als de *externe werking* (i) resp. de *interne werking* (ii) van het subsidiariteitsbeginsel.

Vervolgens wordt in de genoemde rechtsgebieden de gekozen (wijze van uitoefening van de) bevoegdheid nog afgewogen aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel brengt mee dat er geen onevenredigheid mag bestaan tussen het met de bevoegdheid te dienen belang (het doel) enerzijds en het daardoor te schaden belang

(de nadelige gevolgen) anderzijds Kort gezegd, vergt het proportionaliteitsbeginsel dus dat het te dienen belang moet opwegen tegen het te schaden belang.

Zowel in het strafprocesrecht als in het bestuursrecht wordt het proportionaliteitsbeginsel bij de bevoegdheid tot strafoplegging van oudsher omschreven als de eis dat er geen onevenredigheid mag bestaan tussen de aard en de ernst van de normovertreding enerzijds en de (nadelige gevolgen van de) opgelegde straf anderzijds. Deze proportionaliteitstoetsing heeft dus een andere invulling dan die bij de uitoefening van bevoegdheden in het algemeen (waaronder de oplegging van rechtshandhavende sancties), nu het tussen andere grootheden lijkt te worden aangelegd Tegenwoordig gaan er echter zowel in het strafproces- als in het bestuursrecht stemmen op dat, nu bij de strafoplegging toch ook een belangenafweging moet worden gemaakt, de proportionaliteitstoetsing een ruimere strekking heeft. Opgevat in deze zin vergt zij dat geen onevenredigheid mag bestaan tussen het met de straf te beschermen belang van de samenleving (het doel) en het te schaden belang van de overtreder (de nadelige gevolgen van de bevoegdheidsuitoefening) Deze uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel komt dus overeen met die bij de uitoefening van bevoegdheden 'in het algemeen'

Nu zou men zich kunnen afvragen in hoeverre de afzonderlijke proportionaliteitstoetsing nog betekenis heeft náást de subsidiariteitstoetsing Gesteld zou namelijk kunnen worden dat (de externe en de interne werking van) het subsidiariteitsbeginsel in het proportionaliteitsbeginsel besloten ligt Zo is de uitoefening van een bevoegdheid niet proportioneel zolang met een andere minder vergaande bevoegdheid het te dienen belang evengoed kan worden bereikt (de externe werking van het subsidiariteitsbeginsel) Immers, in dat geval zal het met de bevoegdheid te dienen belang het daardoor te schaden belang niet overtreffen Evenzo zal sprake zijn van disproportionaliteit als een minder vergaande wijze van uitoefening van de bevoegdheid het beoogde belang genoegzaam kan dienen (de interne werking van het subsidiariteitsbeginsel). Ook dan geldt immers dat het te dienen belang de nadelige gevolgen van de gekozen wijze van uitoefening niet zal rechtvaardigen Goed beschouwd, ziet het externe subsidiariteitsbeginsel dus op de proportionaliteit van de gekozen bevoegdheid in verhouding tot andere bevoegdheden, en het interne subsidiariteitsbeginsel op de proportionaliteit van de wijze van uitoefening van de bevoegdheid

Niettemin is denkbaar dat de (wijze van uitoefening van de) bevoegdheid, hoewel vanuit extern en intern subsidiariteitsoogpunt gerechtvaardigd, toch niet door de beugel kan omdat een ander hierdoor (alsnog) onevenredig zwaar in zijn belang wordt getroffen. De gekozen (wijze van uitoefening van een) bevoegdheid kan derhalve afketsen op proportionaliteitsoverwegingen die niet zijn terug te voeren op het (externe of interne) subsidiariteitsbeginsel Nu toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel 'in strikte zin' dus wel degelijk betekenis kan hebben náást de subsidiariteitstoetsing, is zij voor een evenwichtige belangenafweging onmisbaar en wordt zij in de genoemde rechtsgebieden (terecht) afzonderlijk vereist

Omwille van de duidelijkheid wil ik over het onderscheid tussen het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel voorts nog het volgende opmerken Wanneer de gekozen (wijze van uitoefening van een) bevoegdheid afketst op de proportionaliteits-

toetsing 'in strikte zin', kan zij niet worden toegepast. Dit betekent noodzakelijkerwijs dat men terugvalt op ofwel een andere wijze van uitoefening van de bevoegdheid, dan wel op een geheel andere bevoegdheid, welke wél in overeenstemming is met het proportionaliteitsbeginsel. Men moet dan dus genoegen nemen met een *minder ingrijpende wijze van uitoefening* dan wel met een *minder ingrijpende bevoegdheid*. Dit 'terugvallen' op een minder vergaand alternatief is evenwel de onvermijdelijke uitkomst van de proportionaliteitstoetsing in strikte zin, en is niet ingegeven door het subsidiariteitsbeginsel. Vanuit (extern en intern) subsidiariteitsoogpunt is de verderstrekkende (wijze van uitoefening van de) bevoegdheid immers wél gerechtvaardigd. In verhouding tot andere bevoegdheden en tot andere wijzen van uitoefening is de gekozen (wijze van) bevoegdheid(suitoefening) derhalve proportioneel. Dat men desondanks is aangewezen op een minder vergaand alternatief is het gevolg van het feit dat de gekozen bevoegdheid(suitoefening), hoewel *prima facie* gerechtvaardigd, in het licht van de concrete omstandigheden van het geval alsnog onaanvaardbaar is en wel omdat zij leidt tot een onevenredig zware aantasting van het belang van een ander. Hoewel de uitkomst van de subsidiariteits- en proportionaliteitstoetsing dus vergelijkbaar is – namelijk het terugvallen op een minder vergaande (wijze van) bevoegdheid(suitoefening) – is de afweging een andere nu zij geschiedt aan de hand van verschillende gezichtspunten. Daarom is het zinvol vast te houden aan het onderscheid tussen het (externe en interne) subsidiariteitsbeginsel enerzijds en het proportionaliteitsbeginsel anderzijds.

Zoals in hoofdstuk 1 al uitvoerig is aangegeven, zie ik geen beletselen tegen toepasselijkheid van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het (civiele) contractenrecht.¹²⁴ Immers, ook in het (civiele) contractenrecht gaat het om de uitoefening van bevoegdheden – of om de toepassing van remedies – en bovendien geldt daar evenzeer dat men bij een bevoegdheidsuitoefening tot op zekere hoogte rekening heeft te houden met de belangen van anderen die erbij zijn betrokken of erdoor kunnen worden geraakt. Dit betekent met andere woorden dat ook in het (civiele) contractenrecht een belangenafweging verricht moet worden als het gaat om de keuze uit een arsenaal aan bevoegdheden (of remedies). In het voorgaande bleek dat hantering van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het straf-(proces)- en bestuursrecht de te verrichten belangenafweging niet alleen inzichtelijker en transparanter maakt, maar tevens ervoor zorgt dat deze belangenafweging zuiver en op evenwichtige wijze plaatsvindt. Daarbij komt dat door een arsenaal aan bevoegdheden te onderwerpen aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een zekere ordening verschijnt.

124 Zie § 1.4. Vgl. in dit verband voorts nog HR 4 november 2005, *JOL* 2005, 621 waarin het hof bij een door de gemeente gevorderde ontbinding van een tussen partijen gesloten koopovereenkomst een afweging verricht aan de hand van het evenredigheidsbeginsel ex art. 3:4 lid 2 Awb in het kader van de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1. De Hoge Raad heeft zich hierover niet uitgelaten, nu het cassatieberoep is afgedaan met een beroep op art. 81 RO. Interessant zijn de beschouwingen in de conclusie van A-G Keus onder nrs. 2.9 t/m 2.14.

Toegespitst op deze studie betekent dit dat de remedies voor wanprestatie zullen worden onderworpen aan een subsidiariteits- en proportionaliteitsanalyse. Deze analyse vindt plaats in de navolgende hoofdstukken (3 tot en met 11). Aan de hand daarvan zal worden aangetoond (i) dat de in de literatuur heersende opvatting dat de door wanprestatie getroffen contractant (in grote mate) vrij is in zijn keuze uit het daarvoor bestemde remediearsenaal onjuist is, nu aan dit arsenaal een zekere ordening ten grondslag ligt en (ii) dat het wettelijk systeem op dit punt (grotendeels) in overeenstemming is met hetgeen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit meebrengen, zodat de beperkingen en nuanceringen die door een kritische groep auteurs op de – veronderstelde – keuzevrijheid worden bepleit, al voor een groot deel in het wettelijk systeem besloten liggen.

Deel II

Subsidiariteit

A

Externe subsidiariteit

3.1 Inleiding

Hoever strekt de vrijheid van de schuldeiser om in reactie op een tekortkoming het ontbindingszwaard aan te gorden? Zoals in de inleiding al aan de orde kwam, wordt de ontbinding in het algemeen aangemerkt als de meest ingrijpende remedie waarover de schuldeiser beschikt. De ontbinding heeft immers tot gevolg dat partijen bevrijd raken van hun door de overeenkomst ontstane verbintenissen, en dat voor zover de overeenkomst reeds is nagekomen, ongedaanmaking van de verrichte prestatie(s) moet plaatsvinden (art. 6:271). Ontbinding elimineert dus niet alleen voorgoed de overeenkomst, maar poetst ook het verleden weg. Voor de schuldenaar zijn de gevolgen zeer ingrijpend. Dit roept de vraag op of de schuldeiser mag kiezen voor de ontbindingsremedie wanneer het minst vergaande middel, de nakoming, evenzeer mogelijk is. Kortom: wat is de verhouding van de ontbinding tot de nakoming, wordt deze verhouding beheerst door het externe subsidiariteitsbeginsel, en zo ja: in hoeverre? Om deze vragen gaat het in dit hoofdstuk.

3.2 Hoofregel: ontbinding subsidiair aan nakoming

De ontbindingsremedie is neergelegd in art. 6:265. Volgens het eerste lid van dit artikel geeft iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Voor ontbinding is dus niet nodig dat de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Op het uitgangspunt dat iedere tekortkoming in de nakoming grond is voor ontbinding, wordt in het slot van art. 6:265 lid 1 door de tenzij-clausule een uitzondering gemaakt: ontbinding is mogelijk, 'tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt'. Deze tenzij-bepaling zal volgens de parlementaire geschiedenis evenwel slechts in zeldzame gevallen tot een uitsluiting van de ontbinding leiden.¹ Als algemene regel geldt derhalve dat zodra de wederpartij tekortschiet, de schuldeiser kan ontbinden. Vandaar dat wel gesproken wordt van een *recht* op ontbinding.²

¹ TM Parl. gesch. Boek 6, p. 1005.

² Zie in plaats van velen: Asser/Hartkamp II 2005, nr. 516.

Het feit dat de schuldeiser ingeval van een tekortkoming *recht* heeft op ontbinding, wekt de indruk dat de aanwezigheid van een minder ingrijpend alternatief waardoor hij niet in een wezenlijk nadeliger positie geraakt, irrelevant is; het uitgangspunt luidt immers dat iedere tekortkoming de schuldeiser *eo ipso* recht geeft op de ontbindingsremedie. Het externe subsidiariteitsbeginsel, dat meebrengt dat (eerst) de minder vergaande remedie moet worden uitgeoefend, lijkt bij ontbinding op grond van het eerste lid van art. 6:265 dus van geen enkele invloed te zijn.³

Betrekken we evenwel het tweede lid van art. 6:265 in de beschouwingen, dan komt naar voren dat het externe subsidiariteitsbeginsel de ontbindingsremedie wel degelijk kan beheersen. Lid 2 vereist namelijk dat voorzover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, de schuldenaar eerst in verzuim moet zijn, alvorens ontbinding mogelijk is. Met andere woorden: zolang de schuldenaar (alsnog) meteen kan nakomen, moet hij eerst in verzuim worden gebracht. Welnu, volgens de ‘algemene regel’ van art. 6:82 lid 1 is voor het intreden van het verzuim vereist dat de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, én nakoming binnen deze termijn uitblijft.⁴ Dit betekent kort gezegd dat vóórdat de ontbindingsremedie kan worden toegepast, eerst de minder vergaande weg van nakoming dient te worden beproefd.⁵ Pas als deze weg tot niets leidt, en wel omdat de schuldenaar binnen de gestelde termijn nog steeds niet (correct) nakomt, is er sprake van verzuim en kan tot ontbinding worden overgegaan. Dat eerst de minder vergaande weg van nakoming moet worden bewandeld, is – als gezegd – volgens art. 6:265 lid 2 ‘slechts’ vereist voorzover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is. Nu nakoming in de praktijk meestal gewoon mogelijk is en gevallen van onmogelijkheid zich slechts zelden voordoen,⁶ geldt ingevolge het tweede lid van art. 6:265 dus als hoofdregel dat ontbinding subsidiair is aan nakoming.

3 Aldus ook Hartlief en Stolp 2000, p. 245-270, Stolp 2000, p. 353

4 Overigens moet de ingebrekestelling niet alleen een aanmaning tot nakoming bevatten, maar moet er tevens uit zijn af te leiden dat het de schuldeiser ernst is, hetgeen inhoudt dat het de schuldenaar duidelijk moet zijn dat het gevolg van het (alsnog) niet-nakomen zal zijn dat hij in verzuim geraakt. Zie Asser-Hartkamp I 2004, nr. 363, De Jong 2006, nr. 21. Vgl. over de functie van de ingebrekestelling ook HR 22 oktober 2004, *NJ* 2006, 597 m nt JH (Endlich/Bouwmachines), HR 20 september 1996, *NJ* 1996, 748 (Buchner/Wies), HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 m nt PAS (Van der Meer/Beter Wonen). In zijn arrest van 7 april 2006, *RvdW* 2006, 374 heeft de Hoge Raad bovendien nog overwogen dat aansporingen tot nakoming en gesprekken over beëindiging van overeenkomsten in het algemeen geen ingebrekestellingen zijn en daarmee ook niet op één lijn kunnen worden gesteld. Een ingebrekestelling, zo vervolgt de Hoge Raad in laatstgenoemd arrest, dient een sommatie aan het adres van de schuldenaar te bevatten om te presteren op een, al naar gelang de omstandigheden te bepalen, redelijke termijn. Janssen 2005, p. 362-365 heeft bepleit de ingebrekestelling te zien als uiting van een niet geschreven vermogensrechtelijke beginsel dat de juridische positie van een partij door diens wederpartij slechts na voorafgaande waarschuwing eenzijdig in ongunstige zin mag worden gewijzigd.

5 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 17 november 2004, *NJF* 2005, 79

6 Vgl. Verbintenissenrecht in het algemeen (De Jong) 2004, nr. 229, Bakels 1993, p. 189 en p. 214, Verbintenissenrecht (Hartlief), art. 265, aant. 14

3.3 Uitzonderingen op de hoofdregel

Zoals op vrijwel elke regel bestaan ook op de hoofdregel dat ontbinding subsidiair is aan nakoming evenwel uitzonderingen. De meeste van de thans te bespreken uitzonderingen vloeien rechtstreeks voort uit het externe subsidiariteitsbeginsel zelf; slechts in een (zeer beperkt) aantal gevallen wordt afgeweken van de hoofdregel op grond van overwegingen die niet op dit beginsel zijn terug te voeren. Alleen in die gevallen kan dus gesproken worden van 'ware' uitzonderingen op de subsidiariteit van ontbinding.

3.3.1 *Blijvende onmogelijkheid van nakoming (art. 6:265 lid 2)*

Afwijking van de regel dat ontbinding ondergeschikt is aan nakoming vloeit in de eerste plaats voort uit het tweede lid van art. 6:265: zoals al eerder gesteld, is ingeval van *blijvende* onmogelijkheid van nakoming geen voorafgaand verzuim vereist, maar is ontbinding onmiddellijk mogelijk.⁷ Deze uitzondering op de subsidiariteit van ontbinding doet zich zowel voor wanneer nakoming in *absolute* zin als wanneer zij in *relatieve* zin blijvend onmogelijk is.⁸

Van absolute onmogelijkheid is sprake als het voor de schuldenaar werkelijk onmogelijk is om alsnog (behoorlijk) na te komen. Zoals bijvoorbeeld wanneer een verkocht, uniek schilderij vlak voor de levering in vlammen is opgegaan of in het geval de schuldenaar van een hoogstpersoonlijke prestatie vóór het verrichten daarvan overlijdt.⁹ Het is dan objectief gezien ondenkbaar dat de prestatie nog zal kunnen worden verricht: nakoming is volstrekt onmogelijk.

Bij relatieve onmogelijkheid is nakoming in absolute zin weliswaar mogelijk, maar moet het verrichten van de prestatie als onmogelijk worden aangemerkt gelet op het belang van de schuldenaar dan wel gelet op het belang van de schuldeiser.

7 Zie voor uitvoerige kritiek op het criterium van blijvende onmogelijkheid van nakoming: Streefkerk 2004, p. 2-32. Hij betoogt dat men zich moet losmaken van deze onjuiste en misleidende maatstaf en stelt een wijziging van de wettelijke regeling voor waarbij als beslissend criterium naar voren wordt geschoven, de vraag of nakoming geheel is uitgebleven (negatieve wanprestatie) dan wel dat weliswaar is nagekomen, maar ondeugdelijk (positieve wanprestatie). Bepleit wordt dat het verzuimvereiste alléén van toepassing is als sprake is van negatieve wanprestatie, nu de ratio van de verzuimregeling gelegen zou zijn in het fixeren van een tijdstip waarop de schuldenaar aansprakelijk wordt voor het verdere uitblijven van de prestatie. Deze ratio gaat evenwel alleen op bij art. 6:74 lid 2 en dan nog slechts als het gaat om vergoeding van vertragingsschade: zie § 4.3.2. Aldus muskent Streefkerk dat de eis van verzuim in de overige gevallen is ingegeven door het externe subsidiariteitsbeginsel. Van den Brink 2005, p. 201-203; De Jong 2005, p. 293-294; Janssen 2005, p. 365-366; Janssen en Van Rossum 2004, p. 70-72 hebben eveneens (zij het op andere gronden) de opvatting van Streefkerk verworpen. Instemmend daarentegen Chao-Duvis 2004, p. 937 e.v. (met name p. 945) en Van Bijnen 2005, p. 253 en p. 254-256.

8 Asser-Hartkamp II 2005, nr. 515 in samenhang met Asser-Hartkamp I 2004, nr. 316 e.v. en 358, Smits 2004, p. 19.

9 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 358.

Zo verhindert het belang van de *schuldenaar* nakoming, wanneer de prestatie in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd wegens de onevenredig grote offers die dit voor hem meebrengt.¹⁰ Dit betekent dat nakoming blijvend onmogelijk wordt geoordeeld, omdat er onevenredigheid bestaat tussen het met de nakoming te schaden belang van de schuldenaar en het daarmee te dienen belang van de schuldeiser (disproportionaliteit). Goed beschouwd, is het dus niet de 'objectieve werkelijkheid' maar het proportionaliteitsbeginsel dat een belemmering vormt voor nakoming.¹¹

Als gezegd, wordt daarnaast aangenomen dat er sprake is van (relatief) blijvende onmogelijkheid, wanneer het belang van de *schuldeiser* zich tegen nakoming verzet.¹² Dit is het geval wanneer de nakoming zijn geschonden belang niet, of niet afdoende, kan dienen. Als standaardvoorbeelden waarin de alsnog-nakoming voor de schuldeiser geen zin meer heeft, worden genoemd: de verbintenis tot levering van een bruidsjurk of –taart, de verbintenis van een taxi-ondernemer om de passagier naar een bepaalde trein te vervoeren en de verbintenis van een solist om op een bepaald tijdstip een concert te geven.¹³ Ook kan worden gedacht aan de situatie waarin de tekortkoming bestaat uit schending van een verbintenis om niet te doen.¹⁴ Heeft de overtreding eenmaal plaatsgevonden dan kan zij niet meer ongedaan gemaakt worden. Het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming kan in dat geval dus niet door nakoming worden weggenomen; daarom wordt zij als onmogelijk aangemerkt.¹⁵

Evenzo wordt in het algemeen de situatie waarin een *duurverbintenis* niet wordt nagekomen gekwalificeerd als een geval waarin nakoming, gelet op het belang van de schuldeiser, blijvend onmogelijk is.¹⁶ Het kenmerkende aan een duurverbintenis

10 Zie onder meer: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 321; De Vries 2000, p. 43 en dezelfde 1997, p. 31-32; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 135, Smits 2004, p. 21, Verbintenissenrecht, art. 74 (Broekema-Engelen), aant. 27.

11 Zie nader over de (zeer beperkte) rol van het proportionaliteitsbeginsel bij nakoming hoofdstuk 11.

12 Vgl. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 359 sub a; De Jong 2006, nr. 93; De Vries 1997, p. 73; Menu en Van Erp 1991, p. 666-667, Feenstra 1990, p. 559.

13 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 359 sub a, TM, Parl. gesch. Boek 6, p. 1006. Zie voor andere gevallen in de rechtspraak waarin blijvende onmogelijkheid met het oog op het belang van de schuldeiser werd aangenomen: HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 444; HR 15 januari 1993, *NJ* 1993, 193 (Oosterhuis/Buitenhuis); HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367 m.nt. CJHB; HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59 m.nt. CJHB (Van der Gun/Farmex) en de volgende lagere rechtspraak: Ktg. Utrecht 11 december 1996, *Prg.* 1997, 4739; Ktg. Amsterdam 24 september 1996, *TvC* 1997, p. 57.

14 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 359 sub b.

15 HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic).

16 Dit is althans de heersende leer. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 359 sub e, De Jong 2006, nr. 113, Wissink 1998, p. 5, Jordaans 1997, p. 191; Verbintenissenrecht (Broekema-Engelen), art. 74, aant. 323, Verbintenissenrecht (Wissink), art. 83, aant. 58. Zie voor rechtspraak: HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80, HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic). Anders evenwel: HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS (Van Bommel/Ruijgrok), alwaar wordt overwogen dat er sprake is van *tijdelijke* (en dus geen blijvende) onmogelijkheid van nakoming van de (duur)verplichting van de verhuurder om in te staan voor gebreken aan het gehuurde, wanneer de huurder het gehuurde vanwege de grote onderhoudsgebreken niet kan gebruiken. In dat geval schiet de verhuurder echter blijvend tekort in de nakoming van zijn verbintenis tot verschaffing van het huurgenot, de verloren (huur)tijd kan immers niet meer worden ingehaald. Op deze invulling van het begrip *tijdelijke* onmogelijkheid is dan ook veel kritiek gekomen, zie de literatuur genoemd in

is dat de schuldenaar niet verplicht is om een eenmalige prestatie te leveren, maar gehouden is tot opeenvolgende of voortdurende prestaties. Wanneer de schuldenaar nu gedurende een zekere periode tekortschiet, kan het belang van de schuldeiser nadien niet langer worden gediend door de prestatie en wel omdat de verloren tijd niet meer kan worden ingehaald.¹⁷ Een voorbeeld uit de jurisprudentie waarnaar in dit verband veelal wordt verwezen, betreft het geval van een werknemer die niet op het werk verschijnt.¹⁸ Weliswaar kan de werknemer op een gegeven moment weer aan de slag gaan, en daarmee zijn verbintenis nakomen, maar de periode waarin hij niet heeft gewerkt, wordt voor de schuldeiser/werkgever hiermee niet 'geheeld'.¹⁹ In zoverre is ingeval van een tekortkoming in de nakoming van een duurverbintenis, nakoming dus (relatief) blijvend onmogelijk en kan terstond worden ontbonden.²⁰

Hierbij valt evenwel een kanttekening te plaatsen. Zo is denkbaar dat onder bijzondere omstandigheden het geschonden belang van de schuldeiser van een voortdurende verbintenis nog wel degelijk kan worden gediend door de alsnog-nakoming. Weliswaar kan de periode gedurende welke de arbeid niet is verricht of het huurgenot niet is verschaft of de zaak niet in bewaring is genomen, niet meer worden ingehaald, maar er zijn duurverbintenissen waarbij dit anders kan liggen. Zo wordt het geschonden belang van de schuldeiser zonder twijfel gediend door alsnog de (voortdurende) verplichting tot betaling van de huurpenningen, het loon en/of de onkosten, na te komen. Evenzo kan dit het geval zijn bij een overeenkomst van opdracht of een leverantiecontract: een latere levering van de overeengekomen, geproduceerde zaken kan voor de schuldeiser nog heel wel zin hebben.²¹ Desalniettemin is soms óók wanneer de nakoming van de duurverbintenis het belang van de schuldeiser nog wel

Verbintenissenrecht (Wissink), art. 82, aant. 50. Overigens rust op de huurder naar het sinds 1 augustus 2003 geldende art. 7:222 een mededelingsplicht ingeval sprake is van een gebrek aan de gehuurde zaak.

17 Vgl. HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80; HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic).

18 HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 338 m.nt. PAS (Dohdoh/Orchidflower) Kritisch hierover: De Vries 1997, p. 74 die stelt dat de Hoge Raad in het arrest weliswaar heeft beslist dat er geen ingebrekestelling nodig was, maar dat in het midden is gebleven of de reden gelegen is in de blijvende onmogelijkheid van nakoming. Vgl. ook Berenschot 1986, p. 704-705.

19 Voor de volledigheid merk ik op dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst meestal plaatsvindt op grond van art. 7:685 (ontbinding wegens gewichtige redenen). Niettemin bepaalt art. 7:686 dat ingeval van een tekortkoming ook kan worden gekozen voor de weg van ontbinding ex art. 6:265. Slaat men deze laatste weg in dan kan, in afwijking van art. 6:267, de ontbinding van de arbeidsovereenkomst evenwel louter plaatsvinden door een rechterlijke uitspraak en dus niet door een schriftelijke verklaring van de schuldeiser (werkgever).

20 Overigens kan de tenzij-formule hier nog wel een beperking aanbrengen in die zin dat de tekortkoming niet algehele ontbinding, maar slechts gedeeltelijke ontbinding rechtvaardigt. Zie nader over deze interne subsidiariteitskwestie hoofdstuk 6.

21 Vgl. HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 258 (Kinheim/Pelders) m.b.t. ondeugdelijke nakoming gedurende een zekere periode van een overeenkomst van opdracht; HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 155 m.nt. PAS (Verhage/AWV) m.b.t. onderhoudsgebreken aan het gehuurde. Hoewel in deze zaak oud recht van toepassing was, stellen zowel A-G Hartkamp als annotator Stein dat naar huidige recht een ingebrekestelling vereist zou zijn, omdat nakoming door de verhuurder nog mogelijk was. Zie voorts De Vries 1997, p. 74; Berenschot 1986, p. 704-705.

kan dienen, (gedeeltelijke) ontbinding veelal direct mogelijk. Dit is het geval wanneer de termijn waarbinnen gepresteerd moet worden in beginsel als fataal heeft te gelden, waardoor op grond van het verderop te bespreken art. 6:83 sub a het verzuim van rechtswege intreedt.²² In dat geval wordt, ook al is nakoming gelet op het belang van de schuldeiser niet blijvend onmogelijk, de subsidiariteit van ontbinding dus alsnog de pas afgesneden en wel door het bestaan van de overeengekomen (fatale) termijn. Deze uitzondering op de hoofdregel vloeit evenwel niet voort uit het externe subsidiari-

-
- 22 De Vries 1997, p. 99; Vgl. HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 451 m.nt. PAS (Post/Van Kampen), alwaar krachtens de huurovereenkomst het gehuurde pand op 1 december 1987 leeg en zonder gebreken moest worden opgeleverd aan de huurder. In weerwil daarvan vertoonde het gehuurde op die datum evenwel gebreken en was ook van een lege oplevering geen sprake. Volgens de Hoge Raad moet de termijn als een fatale termijn worden aangemerkt, waardoor de verhuurder door het verstrijken van de termijn in verzuim geraakt en geen ingebrekestelling nodig is. Zie voorts voor lagere jurisprudentie: Rb. Rotterdam 8 april 1999, *JOR* 1999, 111; Ktg. Assen 14 oktober 1996, *PrG* 1997, 4703; Ktg. Utrecht 13 oktober 1994, *PrG* 1995, 4228. Ook wordt in dit verband wel verwezen naar HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 m.nt. PAS (Van der Meer/Beter Wonen). In deze zaak had de huurder bij het einde van de huurovereenkomst het gehuurde niet in goede staat aan de verhuurder teruggeven. Volgens de Hoge Raad kan de verplichting tot teruggave van de gehuurde zaak in goede staat naar haar aard slechts worden nagekomen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst eindigt. Is deze verplichting niet nagekomen, dan is de huurder in verzuim. Volgens annotator Stein is een ingebrekestelling niet nodig omdat het hier een termijn betreft die in beginsel fataal is. Vgl. ook Verbintenissenrecht (Broekema-Engelen), art. 74, aant. 32.2, Verbintenissenrecht (Wissink), art. 83, aant. 27.6. Volgens mij kan evenwel niet uit het arrest worden afgeleid dat het hier gaat om een fatale termijn. In deze zin ook: De Jong 2001, p. 711 en Harthief 2000, p. 900. De Hoge Raad overweegt immers dat de verbintenissen naar haar aard slechts kan worden nagekomen op een bepaald tijdstip. Deze situatie is dus vergelijkbaar met de hiervoor genoemde voorbeelden waarbij de trouwjurk of de bruidstaart na het huwelijk wordt afgeleverd, de solist niet op het geplande tijdstip zijn concert geeft en de taxi-chauffeur nalaat de passagier naar een bepaalde trein te vervoeren. Het betreft derhalve een geval van blijvende onmogelijkheid van nakoming, de verloren tijd kan voor de schuldeiser niet meer worden ingehaald en wel omdat nakoming van de verplichting om het gehuurde in goede staat op te leveren enkel bij het einde van de huurovereenkomst het belang van de schuldeiser/verhuurder (afdoende) kan behartigen. Nu ingeval van blijvende onmogelijkheid in het geheel geen verzuim is vereist, moet de slotoverweging van de Hoge Raad dat de huurder op moment van niet-nakoming in verzuim is, daarom als onjuist worden verworpen. Overigens heeft het arrest nog een verrassend staartje: weliswaar is volgens de Hoge Raad geen ingebrekestelling nodig, maar als een voorafgaande inspectie van het gehuurde niet heeft plaatsgevonden dan kunnen slechts die kosten als schadevergoeding worden gevorderd die de huurder bij inspectie zelf had moeten maken om het gehuurde in goede staat op te leveren. Vgl.: Ktg. Leeuwarden 27 april 1999, *PrG* 1999, 5370; Ktg. Apeldoorn 31 maart 1999, *PrG* 1999, 5362. Naar mijn idee heeft deze beperking van de schadevergoeding bij afwezigheid van een voorafgaande inspectie evenwel niet van doen met het externe subsidiariteitsbeginsel (de huurder moet nog een kans tot herstel krijgen), maar is dit veeleer terug te voeren op het vertrouwensbeginsel: de huurder moet van te voren kunnen inschatten wat ongeveer de herstelkosten zullen zijn. Overigens heeft Van Schaick 2004, p. 447 e.v. bepleit de regel uit het arrest Van der Meer/Beter Wonen (te weten: het van rechtswege intreden van het verzuim) ook toe te passen bij de beëindiging van andere overeenkomsten die tot tijdelijk houderschap van een zaak leiden (zoals bewaarneming) alsmede bij afleveringsverplichtingen (zoals koop of schenking). Dit betekent dat de schuldeiser in zijn visie gebreken in de afgeleverde zaak onmiddellijk kan laten herstellen en de herstelkosten op de tekortschietende schuldenaar kan verhalen. Onredelijke resultaten waartoe deze regel kan leiden, kunnen z.i. worden ondervangen door de klachtplicht van de schuldeiser (art. 6:89/7:23) en de toepassing van art. 3:299 (rechterlijke machtiging). Deze visie wordt door mij niet onderschreven. Vgl. § 4.2.

teitsbeginsel zelf – het minder vergaande middel van nakoming kan het belang van de schuldeiser immers nog afdoende dienen en zou dus eerst moeten worden beproefd – maar wordt op grond van andere motieven door de wetgever wenselijk geacht. Deze motieven komen hierna bij de bespreking van art. 6:83 sub a nader aan de orde.²³ Behelst de duurovereenkomst daarentegen geen fatale termijn, en is nakoming gelet op het belang van de schuldeiser nog mogelijk, dan moet de schuldenaar wel – conform de hoofdregel – middels een ingebrekestelling met een aanmaning tot nakoming in verzuim worden gebracht. Het externe subsidiariteitsbeginsel kan onder omstandigheden dus nog wel degelijk van invloed zijn als het gaat om een duurovereenkomst.

Tot slot wordt wel gesteld dat nakoming, gelet op het belang van de schuldeiser, blijvend onmogelijk is als het gaat om *bijkomende schade*.²⁴ Het klassieke voorbeeld van bijkomende schade betreft het geval waarin een zieke koe wordt geleverd, die vervolgens de gehele veestapel van de koper besmet.²⁵ De schade die is toegebracht aan het overige vee van de koper/schuldeiser wordt de bijkomende (of gevolg-) schade genoemd. Gesteld dat de verkoper in staat is om alsnog een gezonde koe te leveren, rijst de vraag of de koper gelet op de bijkomende schade zonder meer mag ontbinden. Zo kan gesteld worden dat nakoming nog mogelijk is; een gezonde koe kan immers alsnog worden geleverd. In zoverre kan het belang van de koper dus nog worden gediend. Anderzijds is denkbaar dat nakoming gelet op het belang van de schuldeiser blijvend onmogelijk is, nu nakoming – levering van een gezonde koe – de door de schuldeiser geleden (bijkomende) schade – een zieke veestapel – niet zal wegnemen. Dit laatste zou betekenen dat ingeval van bijkomende schade onmiddellijk kan worden ontbonden en het externe subsidiariteitsbeginsel dus niet van toepassing is.²⁶ Omwille van de overzichtelijkheid wordt de rol van de bijkomende schade bij de vraag of nakoming mogelijk dan wel onmogelijk is, in de volgende paragraaf behandeld.

Concluderend kan worden gesteld dat beide vormen van blijvende onmogelijkheid, de absolute en de relatieve variant, tot gevolg hebben dat het verzuimvereiste niet van toepassing is en het minder vergaande middel van nakoming niet eerst hoeft te worden beproefd. Dat de subsidiariteit van ontbinding in deze gevallen ontbreekt, wordt evenwel bepaald door het externe subsidiariteitsbeginsel zelf: het minder vergaande middel van nakoming hoeft niet eerst te worden toegepast nu dit het geschonden belang van de schuldeiser niet op vergelijkbare wijze kan behartigen als de verdergaande ontbinding, en wel omdat (behoorlijke) nakoming eenvoudigweg definitief onmogelijk is.

23 Zie § 3.3.6.

24 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 359 sub d; Asser-Hartkamp II 2005, nr. 515 onder verwijzing naar HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic); De Vries 1997, p. 156-158.

25 TM, Parl. gesch. boek 6, p. 258. Hartkamp noemt voorts nog als voorbeelden: door ondeugdelijkheid van geleverde grondstoffen wordt bedrijfsschade geleden omdat de machines worden beschadigd en het bedrijf moet worden stilgelegd; door bij een operatie begane fouten loopt de patiënt een ernstig gebrek op, de koper die de gekochte zaken volgens afspraak komt halen, maaktodeloos kosten omdat de zaken niet gereed liggen: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 359 sub d.

26 Tot hetzelfde resultaat komen Asser-Hartkamp II 2005, nr. 515; De Vries 1997, p. 156-158.

3.3.2 Het probleem van bijkomende schade en de schadevergoedingsremedie

Zoals gezien, roept de bijkomende schade problemen op voor de invulling van het subsidiariteitsbeginsel is de minder vergaande nakoming in dat geval mogelijk of juist onmogelijk? Deze problematiek heeft zich, nu het gaat om door de schuldeiser geleden *schade*, in eerste instantie voorgedaan bij de schadevergoedingsremedie. De oplossing die daar wordt gehanteerd, heeft direct gevolgen voor de ontbindingsremedie. Een korte beschrijving van de betekenis van bijkomende schade voor de invulling van het externe subsidiariteitsbeginsel bij de schadevergoeding kan hier dan ook niet worden gemist.

Stel dat de koper van de zieke koe die zijn gehele veestapel heeft besmet thans geen ontbinding maar enkel vergoeding van de bijkomende schade wenst. Ervan uitgaande dat de tekortkoming toerekenbaar is (art. 6:74 lid 1), rijst de vraag of de koper deze bijkomende schadevergoeding onmiddellijk kan vorderen dan wel of hij, het externe subsidiariteitsbeginsel in het achterhoofd, de verkoper eerst in verzuim moet stellen door middel van een ingebrekestelling met aanmaning.

Als we het tweede lid van art. 6:74 er op naslaan, blijkt dat nu nakoming nog mogelijk is – de verkoper kan immers alsnog een gezonde koe leveren – eerst verzuim nodig is alvorens op grond van het eerste lid schadevergoeding kan worden gevorderd. De koper zou dus door middel van een ingebrekestelling eerst nog een termijn voor nakoming moeten gunnen alvorens hij vergoeding van zijn bijkomende schade (de zieke veestapel) kan krijgen.

Vanuit het externe subsidiariteitsbeginsel bezien, is dit merkwaardig. Immers, dit principe behelst dat een minder vergaand middel moet worden toegepast wanneer hierdoor het belang van de schuldeiser evengoed wordt behartigd. Ingeval van bijkomende schade wordt het belang van de schuldeiser door de (alsnog)nakoming daarentegen in het geheel niet gediend. De koper uit het voorbeeld blijft immers met een zieke veestapel zitten, ook al komt de verkoper correct na door alsnog een gezonde koe te leveren. Omdat de remedie van nakoming het aangetaste belang niet op vergelijkbare wijze behartigt als de schadevergoedingsremedie, brengt het externe subsidiariteitsbeginsel dus mee dat ingeval van bijkomende schade niet eerst nog een mogelijkheid tot nakoming te worden gegend.

Terecht wordt dan ook algemeen aanvaard dat de schuldenaar voor bijkomende schade aansprakelijk kan worden gesteld zónder dat daarvoor verzuim nodig is, hetgeen betekent dat het externe subsidiariteitsbeginsel zonder invloed is. Maar op welke wijze moet deze gedachte nu in de wet worden ingepast? Het antwoord op deze vraag heeft direct gevolgen voor de (subsidiariteit van de) ontbindingsremedie.

Volgens de heersende leer moet de vergoeding van de bijkomende schade via het begrip ‘onmogelijkheid’ in het wettelijk systeem worden ondergebracht.²⁷ Hiertoe wordt niet gesteld dat er sprake is van *relatieve* blijvende onmogelijkheid van na-

27 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 359 sub d, Streefkerk 2004, p. 3, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 203. De Vries 1997, p. 75-77. Vgl. ook TM, Parl. gesch. Boek 6 p. 254, 258, 262 en MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 306.

koming met het oog op het belang van de schuldeiser, maar wordt aangenomen dat naast de hoofdbintenis (in het voorbeeld de verbintenis tot het leveren van een koe) nog een verbintenis bestaat, een nevenverbintenis. Deze nevenverbintenis heeft als inhoud dat de schuldenaar bij het uitvoeren van de hoofdbintenis geen schade mag toebrengen aan zijn schuldeiser. Wordt nu toch schade veroorzaakt (in het voorbeeld: de besmetting van het vee van de koper) dan is nakoming van deze nevenverbintenis blijvend onmogelijk, zodat de schuldeiser krachtens art. 6:74 lid 2 de schuldenaar niet eerst in verzuim hoeft te brengen, maar meteen kan overgaan tot het vorderen van vergoeding van de bijkomende schade.²⁸ Daarmee wordt duidelijk dat de vergoedingsremedie voor bijkomende schade dus niet subsidiair is aan de nakomingsremedie.²⁹

Kortom: omdat bijkomende schade geheel losstaat van de prestatie zelf is het minder vergaande middel van nakoming voor de schuldeiser van geen enkel nut. Om nu het (zinloze) verzuimvereiste en daarmee de (zinloze) invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel uit te schakelen, wordt in de doctrine ingeval van bijkomende schade de ondeugdelijke prestatie gesplitst in een blijvend onmogelijk (nevenverbintenis) en een nog mogelijk gedeelte (hoofdbintenis). Vervolgens wordt aangenomen dat de bijkomende schade ziet op het blijvend onmogelijke gedeelte zodat op grond van het tweede lid van art. 6:74 geen verzuim nodig is en er direct vergoeding mogelijk is. Wat betekent deze splitsing nu voor de subsidiariteit van de ontbindingsremedie?

3.3.3 *Bijkomende schade en ontbinding: géén 'klakkeloze' uitzondering op de hoofdregel*

Volgens Hartkamp is ten aanzien van ontbinding de splitsing van de prestatie in een mogelijk en een onmogelijk gedeelte (de hoofd- resp. nevenverbintenis) niet te maken: de tekortkoming heeft ingeval van bijkomende schade gedeeltelijk een onherstelbaar karakter. Er is dus sprake van een – zij het gedeeltelijk – blijvende onmogelijkheid van nakoming. In dat geval is, zoals bekend, op grond van art. 6:265 lid 2 geen verzuim vereist, hetgeen betekent dat er ingeval van bijkomende schade rauwelijks kan worden ontbonden. Wel laat Hartkamp daar meteen op volgen dat de 'slotwoorden van lid 1 onder omstandigheden tot een andere beslissing zullen kunnen leiden.'³⁰ Terugkerend naar het voorbeeld betekent dit dat de koper als gevolg van de besmetting

28 Zie met nadere literatuurverwijzingen: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 359 sub d, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 203.

29 Overigens kan een ondeugdelijke prestatie niet alleen tot bijkomende schade maar ook tot vertragingschade leiden. Het is noodzakelijk om het onderscheid tussen deze schadeposten goed voor ogen te houden, nu er een verschil in toepassing van het verzuimvereiste bestaat, zie nader hoofdstuk 4.

30 Asser-Hartkamp II 2005, nr. 515. Hoewel het externe subsidiariteitsbeginsel hier volgens Hartkamp dus niet geldt, kan ontbinding soms toch niet door de beugel vanwege de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel dat besloten ligt in de slotwoorden van art. 6:265 lid 1. Zie over de invloed van het proportionaliteitsbeginsel bij ontbinding hoofdstuk 9.

van zijn vee direct kan ontbinden, zonder dat hij de verkoper eerst nog de mogelijkheid tot nakoming hoeft te bieden. In de visie van Hartkamp is bij het toebrengen van bijkomende schade nakoming immers blijvend onmogelijk waardoor de ontbinding, in afwijking van de hoofdregel, niet subsidiair is aan de nakoming.

Hetzelfde volgt uit de opvatting van De Vries, hoewel hij hierop langs een andere weg uitkomt. De Vries hanteert namelijk wel de splitsing zoals die voor de schadevergoeding wordt gemaakt tussen de hoofdverbintenis, waarvan nakoming nog mogelijk is, en de nevenverbintenis, waarvan nakoming blijvend onmogelijk is. Vervolgens stelt hij dat als het gaat om een tekortkoming in de nakoming van een nevenverbintenis, ontbinding evenzeer mogelijk is. Hiertoe wijst De Vries op het eerste lid van art. 6:265 dat bepaalt dat iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van *een* van haar verbintenissen de wederpartij de bevoegdheid tot ontbinding geeft. Nu nakoming van de nevenverbintenis om geen bijkomende schade toe te brengen blijvend onmogelijk is, is het verzuimvereiste van het tweede lid van art. 6:265 niet van toepassing en kan krachtens het eerste lid de gehele overeenkomst onmiddellijk worden ontbonden. De situatie ‘dat de verkoper van een koe louter tekortschiet in de nakoming van zijn nevenverbintenis de koper geen gevolgschade in de vorm van besmetting van diens veestapel toe te brengen, staat niet in de weg aan de bevoegdheid van laatstgenoemde om de overeenkomst deswege te ontbinden’, aldus letterlijk De Vries.³¹ Evenals Hartkamp wijst hij echter op de slotzinsnede van art. 6:265 lid 1. Deze leidt er volgens hem toe dat in de regel een tekortkoming in de nakoming van een nevenverbintenis niet van voldoende gewicht is om ontbinding te rechtvaardigen, maar dat daartoe aanvullende gronden nodig zijn.³² Het is dus enkel het proportionaliteitsbeginsel uit de tenzij-clausule dat bij bijkomende schade de ontbindingsbevoegdheid kan beperken, het externe subsidiariteitsbeginsel is dus zonder invloed.

De gevolgtrekking van Hartkamp en De Vries, dat ingeval van bijkomende schade de ontbindingsremedie, in afwijking van de hoofdregel, nimmer ondergeschikt is aan de nakoming, lijkt mij onontkoombaar wanneer de constructie van de nevenverbintenis bij de schadevergoedingsremedie wordt gehanteerd. Niettemin ben ik van mening dat het verzuimvereiste en daarmee het externe subsidiariteitsbeginsel ingeval van bijkomende schade op de ontbindingsremedie in de regel ‘gewoon’ van invloed is.³³ Dit volgt namelijk uit de ratio van deze remedie. Zo ziet ontbinding slechts op vereffening van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming als zodanig. Het nadeel dat bestaat uit bijkomende schade vormt evenwel niet de keerzijde van de tekortkoming zelf, maar betreft – een slag verder – de *gevolgen* van de (ondeugdelijkheid van de) tekortkoming. Ter opheffing van *déze* belangen aantasting biedt de ontbinding geen heil. Zo blijft de koper van de zieke koe die overgaat tot ontbinding met de schade aan zijn veestapel zitten. Louter het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming zelf (de levering van de zieke koe) wordt door de ontbinding weggenomen in die zin dat de

31 De Vries 1997, p. 156

32 De Vries 1997, p. 156-158 Vgl. recentelijk Van den Brink 2005, p. 184.

33 Vgl. Streefkerk 2004, p. 13 die evenwel op geheel andere gronden meent dat het verzuimvereiste bij ontbinding ingeval van bijkomende schade gewoon van toepassing is

koper hier geen genoeg mee hoeft te nemen en (onder teruglevering van de koe) de prijs niet hoeft te betalen. Het nadeel dat de koper door de bijkomende schade lijdt, wordt door de ontbindingsremedie niet opgeheven. Voor de geleden bijkomende schade zal de schuldeiser dan ook altijd geld willen zien. De enige remedie waardoor het met de bijkomende schade geschonden belang wordt gediend, is derhalve de schadevergoedingsremedie. Op het moment dat de schuldeiser vergoeding ontvangt voor zijn bijkomende schade is zijn belang 'gedekt'. Hetgeen resteert, is de aantasting die bestaat uit de tekortkoming zelf (de geleverde zieke koe). Juist ter behartiging van dit door de tekortkoming aangetaste belang biedt, zo bleek, de ontbindingsremedie uitkomst.

Kortom: in het kader van het ontbindingsleerstuk moet er, gezien de ratio van de ontbinding, een onderscheid worden gemaakt tussen het nadeel dat bestaat uit de bijkomende schade enerzijds en het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming anderzijds. Zo kan de bijkomende schade op zichzelf genomen nimmer grondslag voor ontbinding zijn,³⁴ en wel omdat ontbinding hiervoor geen remedie is.³⁵ Dit betekent dat het voor de vraag die het externe subsidiariteitsbeginsel meebrengt, namelijk of er (rauwe-lijks) kan worden ontbonden, volstrekt irrelevant is of het nadeel dat bestaat uit de bijkomende schade (de zieke veestapel), evengoed door de minder vergaande nakoming kan worden opgeheven. Waar gaat het dan wel om? De vraag die bij de ontbinding centraal staat, is, of het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming zélf (de geleverde zieke koe) evengoed door de minder vergaande nakoming kan worden weggenomen. In termen van art. 6:265 lid 2 komt het dus aan op de vraag of nakoming nog mogelijk is dan wel of er sprake is van blijvende/tijdelijke onmogelijkheid, *uitgaande van het nadeel dat louter bestaat uit de tekortkoming*. Meestal zal het belang van de schuldeiser dat direct door de tekortkoming is getroffen (de geleverde zieke koe), door de alsnog-nakoming (levering van een gezonde koe) afdoende kunnen worden behartigd. In dat geval is, ondanks de bijkomende schade, nakoming dus nog gewoon mogelijk en moet volgens het tweede lid van art. 6:265, in overeenstemming met het externe subsidiariteitsbeginsel, eerst een termijn voor nakoming worden geboden die de wederpartij vervolgens vruchteloos heeft laten verstrijken (verzuim), alvorens kan worden ontbonden. Onder omstandigheden kan dit evenwel anders liggen.

Het kan namelijk zo zijn dat de bijkomende schade tot gevolg heeft dat de nakoming, gelet op het belang van de schuldeiser, blijvend onmogelijk moet worden geoordeeld, en wel wanneer deze schade tot gevolg heeft dat de prestatie het door de tekortkoming getroffen belang niet (afdoende) kan opheffen. Denkbaar is immers dat de bijkomende schade van een dermate grote omvang is en een dusdanige impact

34 Anders: Hesselink 1999, p. 210 die stelt dat de vergoeding van de bijkomende schade (door hem negatief belang genoemd) via contractuele aansprakelijkheid (in plaats van via delictuele of via een *tertium genus* van aansprakelijkheid) het voordeel heeft dat gemakkelijker verklaarbaar is waarom ook bij schade aan het negatief belang ontbinding van de overeenkomst mogelijk is

35 Omwille van de volledigheid merk ik op dat vergoeding van bijkomende schade en van vertragings-schade uiteraard wel 'bovenop' ontbinding kan worden gevorderd. Bovendien kan náást ontbinding tevens vergoeding van de schade die het typische gevolg is van de ontbinding gevorderd worden, aldus bepaalt art. 6:277 lid 1

heeft dat de alsnog-nakoming voor de schuldeiser volledig ‘in het niet’ komt te vallen.³⁶ Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

Stel dat door de geleverde zieke koe alle koeien van de koper ziek zijn geworden en moeten worden afgemaakt, waardoor de koper zijn boerenbedrijf niet meer (naar behoren) kan uitoefenen. Weliswaar kan de verkoper absoluut gezien nog wel presteren door één gezonde koe te leveren, maar van de koper wiens bedrijfsvoering op het spel is komen te staan, kan niet langer worden gevergd dat hij onder deze omstandigheden nog een kans tot nakoming biedt. Hij moet dan zonder meer van de verkoper af kunnen. In een dergelijk geval moet de nakoming dan ook gelet op het belang van de schuldeiser als blijvend onmogelijk worden aangemerkt. De reden dat de subsidiariteit van ontbinding soms ontbreekt als bijkomende schade is toegebracht, is dus niet gelegen in het enkele feit dát bijkomende schade is toegebracht, maar heeft ermee te maken dat de nakoming het door de tekortkoming getroffen belang van de schuldeiser niet langer (afdoende) kan dienen – gelet op de omvangrijke bijkomende schade – waardoor het externe subsidiariteitsbeginsel zelf meebrengt dat de schuldeiser rauwelijks kan ontbinden.

Uit het bovenstaande blijkt dus dat het feit dat de schuldeiser tevens bijkomende schade heeft geleden, niet klakkeloos tot gevolg heeft dat nakoming voor hem nutteloos is geworden. De geleden bijkomende schade is slechts een factor ter invulling van de externe subsidiariteitstoetsing: nakoming kan onmogelijk zijn, namelijk als het zeer aanzienlijke bijkomende schade betreft. Meestal is dit echter niet het geval. Het externe subsidiariteitsbeginsel is daarmee dus doorgaans van invloed, ook al is bijkomende schade toegebracht. Omdat hantering van de nevenverbintenis-constructie ingeval van bijkomende schade bij de schadevergoeding evenwel het onwenselijke gevolg heeft dat de subsidiariteit van ontbinding ‘per definitie’ wordt doorkruist, moet zij worden verworpen.³⁷

Nu zou het afwijzen van deze constructie de indruk kunnen wekken dat als de schuldeiser, geen ontbinding maar, *vergoeding* van de bijkomende schade wenst, hij zijn schuldenaar, zodra nakoming van de hoofdverbintenis nog mogelijk is, net als bij ontbinding, eerst in verzuim moet brengen. Deze gevolgtrekking is evenwel onjuist.

36 Ook De Jong Verbintenissenrecht algemeen, 1999, nr. 195, 233 en 1993, nr. 21 en recentelijk 2006, nr. 11.2 en nr. 33 gaat ervan uit dat ingeval van bijkomende schade het subsidiariteitsbeginsel bij ontbinding gewoon van toepassing is, maar dat als er zeer omvangrijke bijkomende schade is toegebracht er niettemin onmiddellijk ontbonden kan worden. Zij plaatst deze uitzondering op de subsidiariteit evenwel in het kader van art. 6:83, waardoor in dat geval het verzuim van rechtswege intreedt. Zie hiervoor nader § 3.3.8, waar tevens mijn bezwaar tegen de door De Jong gehanteerde rubricering aan de orde komt. Vgl. verder Streefkerk 2004, p. 29 die meent dat bij omvangrijke of diep ingrijpende bijkomende schade een beroep op de redelijkheid en billijkheid het verzuimvereiste opzij kan zetten.

37 Het aannemen van de nevenverbintenis wordt ook verworpen door Feenstra 1998a, p. 734-737, Van Swaaij 1998, p. 346, Menu en Van Erp 1991, p. 665. Als ik het goed zie, acht ook De Jong 2006, nrs. 11.1 en 11.2 de nevenverbintenisconstructie onjuist. Dit mede gelet op nrs. 29-30 van de vorige druk (1993) van de door haar geschreven monografie. Overigens bestaat er tussen de genoemde schrijvers verschil van opvatting over de wijze waarop de bijkomende schade dan wel in de wet moet worden ingepast.

Zoals gezegd, vormt de bijkomende schade wél een grondslag voor de schadevergoedingsremedie. Dit betekent dat het bij de schadevergoeding, in tegenstelling tot bij de ontbinding, wel neerkomt op de (externe subsidiariteits)vraag of de minder vergaande nakoming de bijkomende schade kan wegnemen. Nu de bijkomende schade, in geen enkel opzicht door de nakoming kan worden 'geheeld', vloeit uit het externe subsidiariteitsbeginsel zélf dus voort dat het geen werking heeft. In zoverre moet de nakoming, gelet op het belang van de schuldeiser, dan ook (relatief) blijvend onmogelijk geoordeeld worden zodat het verzuimvereiste uit het tweede lid van art. 6:74 niet opgaat.³⁸ Dit betekent dat de schuldeiser op grond van art. 6:74 lid 1 steeds onmiddellijk vergoeding van de bijkomende schade kan vorderen. Niet de uitzondering op de subsidiariteit van de schadevergoeding ingeval van bijkomende schade wordt dus bestreden, het is alleen *de manier waarop* deze uitzondering in de wet wordt ingepast die in mijn visie onder vuur ligt.

Gaat het daarentegen om ontbinding dan luidt mijn conclusie dat als bijkomende schade is toegebracht, nakoming in de regel gewoon mogelijk zal worden geoordeeld. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan dit anders liggen. Voor de ontbindingsremedie betekent dit derhalve dat ook ingeval van bijkomende schade de hoofdregel onverkort geldt: ontbinding is subsidiair aan nakoming.

3.3.4 Tijdelijke onmogelijkheid van nakoming (art. 6:265 lid 2)

Ook als nakoming niet blijvend maar *tijdelijk* onmogelijk is, hoeft de schuldeiser volgens art. 6:265 lid 2 niet eerst een termijn voor nakoming te bieden, maar kan hij meteen tot ontbinding overgaan.³⁹ De wet is dus duidelijk: indien nakoming tijdelijk onmogelijk is, ontbreekt de subsidiariteit van ontbinding. Gedurende de periode dat nakoming niet mogelijk is, kan deze remedie het belang van de schuldeiser immers niet dienen zoals ontbinding dat kan. Geheel in overeenstemming met het externe subsidiariteitsbeginsel hoeft de minder vergaande nakomingsremedie in dat geval dan ook niet eerst te worden toegepast. Niettemin kan dit blijkens de parlementaire geschiedenis in een uitzonderlijk geval anders liggen. Zo wordt in een passage uit de Toelichting Meijers gesteld:⁴⁰

dat bij een niet-toerekenbare verhindering die zich als van tijdelijke aard laat aanzien, de crediteur niet met minder geduld ten opzichte van de wederpartij kan volstaan dan wanneer deze wel zou moeten worden aangemaand.

³⁸ Vgl. ook HR 4 februari 2000, NJ 2000, 258 (Kinheim/Pelders) en § 4.3.1.

³⁹ Overigens kan de grens tussen blijvende en tijdelijke onmogelijkheid soms een vloeiende zijn, zie De Jong 2006, nr. 12 die daartoe als voorbeeld noemt het geval waarin een invoerverbod van enkele maanden voor de levering van een partij bederfelijke waar al gauw een blijvend onmogelijke uitwerking zal hebben.

⁴⁰ TM, Parl. gesch. boek 6, p. 1004.

De schuldeiser mag bij een tijdelijke onmogelijkheid niet met minder geduld volstaan dan wanneer hij zijn wederpartij wél een termijn voor nakoming zou moeten hebben gegund. Deze, enigszins cryptische, overweging heeft tot gevolg dat bij de tijdelijke onmogelijkheid het externe subsidiariteitsbeginsel dat volgens de wet uitdrukkelijk geen toepassing vindt, toch nog van betekenis kan zijn. Als ik het goed zie, vloeit hier namelijk uit voort dat ingeval van tijdelijke onmogelijkheid soms toch nog enige tijd voor nakoming moet worden geboden, en wel wanneer de onmogelijkheid om na te komen van dusdanig korte duur is, dat zij is opgeheven binnen de termijn die bij ingebrekestelling zou moeten worden verleend voor het geval nakoming 'gewoon' meteen mogelijk zou zijn.⁴¹ Dit betekent dus dat in het zeldzame geval waarin de tijdelijke onmogelijkheid vergelijkbaar is met de situatie waarin nakoming direct mogelijk is, in afwijking van de wettelijke regel, eerst het middel van nakoming uitgeprobeerd moet worden, alvorens tot ontbinding kan worden overgegaan. De vraag rijst hoe deze incidentele werking van het externe subsidiariteitsbeginsel in het wettelijk systeem moet worden ingepast. Wat geldt als de schuldeiser in de genoemde uitzonderingssituatie ongeduldig is en hij zonder eerst een termijn voor nakoming te hebben geboden direct wil ontbinden? Uit de toelichting valt af te leiden dat in dat geval de ontbinding niet mogelijk is omdat de tekortkoming als van te geringe betekenis moet worden beschouwd.⁴² Dit betekent dat de (uitzonderlijke) gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel bij tijdelijke onmogelijkheid een plaats krijgt binnen de tenzij-clausule van het eerste lid van art. 6:265. Ontbinding is mogelijk, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding niet rechtvaardigt.

Dat het externe subsidiariteitsbeginsel aldus bij tijdelijke onmogelijkheid in weerwil van de wettelijke regel soms toch van invloed kan zijn, heeft Bakels doen stellen dat art. 6:265 lid 2 voor de categorie van tijdelijke onmogelijkheid slechts schijnzekerheid biedt.⁴³ Hij schrijft dat de bepaling 'nauwelijks méér dan een vuistregel geeft'.⁴⁴ De wettelijke structuur van hoofdregel (ontbinding mag zonder meer) en uitzondering (tenzij in concreto onredelijk) zou volgens hem veeleer omgekeerd moeten zijn. Of eerst nog een termijn moet worden gegund door een ingebrekestelling hangt af van de omstandigheden van het geval naar redelijkheid bezien. Tijdelijke onmogelijkheid zou bij die afweging niet veel meer zijn dan een gezichtspunt.⁴⁵

Volgens mij is de inwerking van het externe subsidiariteitsbeginsel ingeval van tijdelijke onmogelijkheid echter niet zo groot en onzeker als Bakels meent. Integendeel, uit het wettelijk systeem volgt dat het beginsel bij tijdelijke onmogelijkheid in de regel juist níet van invloed is. Lezing van de parlementaire geschiedenis maakt duidelijk dat de wet ervan uitgaat dat het belang van de schuldeiser ingeval van tijdelijke onmogelijkheid in het algemeen niet evengoed door de minder vergaande nakoming

41 Vgl. De Jong 2006, nr. 22.2

42 TM Parl. gesch. boek 6, p. 1004

43 Bakels 1993, p. 217

44 Bakels 1993, p. 220

45 Bakels 1993, p. 218

wordt gediend als door de ontbinding. Louter in het uitzonderlijke geval dat de onmogelijkheid dusdanig kortstondig is, dat zij zou zijn opgeheven binnen de termijn die gegund zou moeten worden als nakoming meteen mogelijk is, ligt dit anders. Alléén in dat geval kan nakoming immers worden aangemerkt als een middel dat het belang van de schuldeiser op vergelijkbare wijze als ontbinding kan behartigen, zodat de ontbinding, geheel in overeenstemming met het externe subsidiariteitsbeginsel, ondergeschikt is aan de nakoming. De invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel bij tijdelijke onmogelijkheid is dus zeldzaam: gewoonlijk geldt de (wettelijke) regel volgens welke ingeval van tijdelijke onmogelijkheid rauwelijks kan worden ontbonden.⁴⁶

Bovendien kan het externe subsidiariteitsbeginsel volgens de toelichtende stukken slechts van belang zijn als het gaat om 'een *niet-toerekenbare* verhindering die zich als van tijdelijke aard laat aanzien' (curs. MMS).⁴⁷ Mij is evenwel niet geheel duidelijk waarom het externe subsidiariteitsbeginsel in uitzonderingsgevallen tot de categorie van tijdelijke *overmacht* zou zijn beperkt en waarom het beginsel niet ook bij een *toerekenbare* tijdelijke onmogelijkheid zou kunnen gelden.⁴⁸ Uit de toelichting volgt immers dat wil het externe subsidiariteitsbeginsel van invloed zijn, de situatie van tijdelijke onmogelijkheid min of meer vergelijkbaar moet zijn aan de situatie dat nakoming meteen mogelijk is. Voor zover nakoming direct mogelijk is, doet het voor de betekenis van het externe subsidiariteitsbeginsel bij ontbinding niet terzake of er al dan niet sprake is van toerekenbaarheid: in beide gevallen, ongeacht of het nu wanprestatie dan wel overmacht betreft, is verzuim vereist en moet in de regel eerst een termijn voor nakoming worden gegund alvorens kan worden ontbonden (art. 6:265 lid 2 jo 6:81 jo 6:82 lid 1). Het zou dan ook niet meer dan logisch zijn dat dit eveneens zou gelden als sprake is van tijdelijke onmogelijkheid en het uitzonderlijke geval zich voordoet dat deze van zeer korte duur is. Ook wanneer een dergelijke zeer kortdurende onmogelijkheid *toerekenbaar* is, zou dus eerst de mogelijkheid tot nakoming moeten worden geboden voordat het middel van ontbinding kan worden ingezet.

46 Overgens is in de rechtspraak in een huurzaak aangenomen dat, hoewel bij tijdelijke onmogelijkheid geen verzuim en dus geen ingebrekestelling is vereist, er wel een mededelingsplicht op de schuldeiser kan rusten, opdat de wederpartij op de hoogte wordt gesteld van de tekortkoming(en): HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS (Van Bommel/Ruijgrok). Volgens de Hoge Raad gaat de periode waarover mag worden ontbonden in, nadat de schuldeiser zijn wederpartij van de gebreken op de hoogte heeft gesteld. De ontvangst van de mededeling markeert dus het beginpunt van de aansprakelijkheid van de schuldenaar. Vanaf dat moment kan rauwelijks ontbonden worden. De mededeling heeft dus niet tot gevolg dat de ontbinding alsnog ondergeschikt wordt aan de nakoming en is dan ook niet terug te voeren op het externe subsidiariteitsbeginsel. Zij vertoont veeleer verwantschap met de klachtplicht ex art. 6:89 en art. 7:23. Evenzo Wissink 1998, p. 4.

47 Zie de hiervoor geciteerde overweging uit de TM, Parl. gesch. boek 6, p. 1004.

48 In zelfde zin Streefkerk 2004, p. 15. Anders: Bakels 1993, p. 218-219 die stelt dat naarmate de schuldenaar meer een verwijt kan worden gemaakt, de schuldeiser minder consideratie behoeft te hebben met de belangen van de schuldenaar en de argumenten voor onmiddellijke ontbinding toenemen.

Vergelijking met de schadevergoedingsregeling wijst overigens ook in die richting. Indien de schuldeiser de schadevergoedingsremedie wil uitoefenen en er is sprake van tijdelijke onmogelijkheid van nakoming, wordt krachtens het tweede lid van art. 6:74 verzuim vereist. Op het eerste gezicht lijkt het externe subsidiariteitsbeginsel bij schadevergoeding, anders dan bij ontbinding, dus wel te gelden ingeval van tijdelijke onmogelijkheid. Maar dit is slechts schijn. Op grond van art. 6:82 lid 2 kan namelijk worden volstaan met een ingebrekestelling die de mededeling bevat dat de schuldenaar voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld. Een aanmaning tot nakoming en een termijn daarvoor zijn dan niet nodig; een enkele aansprakelijkstelling volstaat. Dit betekent dat ook bij de schadevergoedingsremedie het externe subsidiariteitsbeginsel ingeval van tijdelijke onmogelijkheid toepassing mist.⁴⁹ Althans dat is de hoofdregel. Want net als bij ontbinding kan dit ook hier in zeldzame gevallen anders liggen, en wel (eveneens) wanneer de tijdelijke onmogelijkheid korter duurt dan de redelijke termijn die een ingebrekestelling mét aanmaning zou stellen.⁵⁰

Ook bij de schadevergoeding kan het externe subsidiariteitsbeginsel dus in uitzonderlijke gevallen van (zeer kortdurende) tijdelijke onmogelijkheid van invloed zijn. Preciezer gesteld: ook bij schadevergoeding kan het externe subsidiariteitsbeginsel in uitzonderlijke gevallen van *toerekenbare* tijdelijke onmogelijkheid van toepassing zijn. Voor uitoefening van de schadevergoedingsremedie is immers, in tegenstelling tot de ontbinding, een *toerekenbare* tekortkoming vereist (art. 6:74 lid 1). Het externe

49 Men kan zich dan ook afvragen waarom bij ontbinding ingeval van tijdelijke onmogelijkheid eigenlijk geen verzuim en daarmee geen ingebrekestelling in de vorm van een aansprakelijkstelling is vereist. Temeer nu in de rechtspraak immers is aangenomen dat ingeval van tijdelijke onmogelijkheid soms ook voor ontbinding een vergelijkbare mededeling moet plaatsvinden: HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS (Van Bommel/Ruijgrok). Het antwoord op de vraag hangt samen met het feit dat verzuim zich niet kan voordoen als de vertraging de schuldenaar niet kan worden toegerekend (art. 6:81 slot). Hieruit volgt dat ontbinding nimmer mogelijk zou zijn, als ingeval van tijdelijke onmogelijkheid verzuim zou zijn vereist en die onmogelijkheid niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Gelet op de aard van de ontbinding is dit onwenselijk. Ontbinding heeft namelijk betrekking op het ruil karakter van de overeenkomst: als de één niet presteert, moet de ander zich kunnen bevrijden, ongeacht of nakoming blijvend dan wel tijdelijk onmogelijk is en ongeacht of sprake is van toerekenbaarheid. Vgl. *MvA II*, Parl. gesch. boek 6, p. 1012, Asser-Hartkamp I 2004, nr. 357; Asser-Hijma I 2001, nr. 495. Anders: Smits 2004, p. 60 die daartoe wijst op het verschil qua gevolgen van ontbinding en schadevergoeding. Overigens kan vanaf het moment van ontvangst van zowel de mededeling als van de aansprakelijkstelling rauwelyks tot uitoefening van de respectieve remedies worden overgegaan. Noch de mededeling, noch de aansprakelijkstelling heeft dus tot gevolg dat de remedie ondergeschikt wordt aan de nakoming.

50 Zo wordt in de *TM*, Parl. Gesch. Boek 6, p. 302 opgemerkt dat bij een dergelijke zeer kortdurende tijdelijke onmogelijkheid art. 6:87 lid 2 aan het vorderen van vervangende schadevergoeding in de weg kan staan. Volgens deze bepaling is de vervangende schadevergoeding niet mogelijk als zij door de tekortkoming, gelet op haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd. Voorts wordt in de literatuur meer in het algemeen (dus ook voor de aanvullende schadevergoeding) aangenomen dat ingeval van een zeer kortdurende tijdelijke onmogelijkheid van nakoming art. 6:82 lid 2 niet opgaat, zodat niet kan worden volstaan met een aansprakelijkstelling, maar moet eerst een termijn voor nakoming worden geboden. In deze zin: De Jong 2006, nr. 22.2; De Vries 1997, p. 86, *Verbintenissenrecht* (Wissink), art. 82, aant. 52.

subsidiariteitsbeginsel kan hier dus enkel ingeval van *toerekenbare* tijdelijke onmogelijkheid bij wijze van uitzondering van belang zijn. Het zou een weinig aansprekend resultaat opleveren als bij ontbinding, een remedie die doorgaans zelfs dieper ingrijpt in de belangen van de schuldenaar dan schadevergoeding, het externe subsidiariteitsbeginsel louter van invloed kan zijn als het gaat om tijdelijke *overmacht* die van zeer korte duur is. Integendeel: gelet op het stelsel van de wet zou het externe subsidiariteitsbeginsel de ontbindingsremedie evenzeer moeten beheersen in het uitzonderlijke geval dat nakoming *toerekenbaar* onmogelijk is gedurende een zeer kortstondige periode. Maar mijn kritiek gaat verder.

De passage uit de parlementaire stukken maakt het besproken geval nodeloos gecompliceerd. Want als de onmogelijkheid van nakoming zo kort duurt dat zij al is opgeheven binnen de termijn die zou moeten worden geboden als nakoming meteen mogelijk zou zijn, dan is eigenlijk helemaal geen sprake van tijdelijke onmogelijkheid van nakoming in de zin van de wet. Als zodanig betreft het dus ook geen *uitzondering* op hetgeen ingeval van tijdelijke onmogelijkheid voor het externe subsidiariteitsbeginsel geldt. Ter ondersteuning van mijn opvatting dat geenszins sprake is van tijdelijke onmogelijkheid kan worden gewezen op een arrest waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat de omstandigheid dat de schuldenaar niet op korte termijn in de gelegenheid is om te presteren, niet zonder meer voldoende is om te spreken van tijdelijke onmogelijkheid.⁵¹ Dat dit juist is, blijkt wel wanneer men bedenkt dat veelal ook wanneer nakoming direct mogelijk is, enige tijd zal verstrijken tussen het moment waarop de tekortkoming is geconstateerd en het moment waarop herstel daarvan mogelijk is: het geld wordt overgemaakt maar dat duurt een paar dagen, de nieuwe goederen worden gefabriceerd maar de fabriek is nog niet klaar met de productie, het achterstallig onderhoud wordt verricht, maar de aannemer kan pas over twee weken.⁵² Vaak kost het dus nog wat tijd om de prestatie (alsnog) te organiseren. De schuldeiser moet daarom enig geduld betrachten en een termijn voor de alsnog-nakoming bieden, die zo lang moet zijn als redelijkerwijs noodzakelijk is voor het verrichten van de prestatie, waarbij rekening mag worden gehouden met eventuele voorbereidingen die de schuldenaar reeds getroffen had moeten hebben.⁵³ In de kwalificatie dat nakoming meteen mogelijk is, ligt derhalve besloten dat het enige tijd kan duren voordat de prestatie feitelijk wordt uitgevoerd. Een dergelijke situatie mag dan dus niet worden aangemerkt als een 'tijdelijke onmogelijkheid van nakoming'. Hetzelfde gaat op voor het zogenaamde 'uitzonderingsgeval' waarover in de toelichting wordt gesproken: als de onmogelijkheid tot nakoming van zodanig korte duur is dat zij is opgeheven binnen de termijn die voor de nakoming zou moeten worden verleend, dan is deze situatie in wezen gelijk aan het geval waarin nakoming meteen mogelijk is. Van 'tijdelijke onmogelijkheid van nakoming' in de zin van het tweede lid van art. 6:265 is dan dus geen sprake. De facto doet zich dus geen uitzondering voor op de regel dat het externe subsidiariteitsbeginsel niet van invloed is ingeval van tijdelijke onmogelijkheid. Dit

51 HR 4 februari 2000, NJ 2000, 258 (Kinheim/Pelders)

52 De voorbeelden heb ik ontleend aan Wissink 1998, p. 6.

53 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 364

betekent dat het verzuimvereiste, en daarmee het externe subsidiariteitsbeginsel, gewoon van toepassing is, waardoor de in de toelichting gehanteerde tenzij-clausule uit het eerste lid van art. 6:265 (het proportionaliteitsbeginsel) niet hoeft te worden ingeroepen om de ontbinding bij een dergelijk kort durende onmogelijkheid ondergeschikt te laten zijn aan de nakoming. Moet nakoming daarentegen wél tijdelijk onmogelijk worden geoordeeld, dan geldt de (wettelijke) regel dat er rauwelijks kan worden ontbonden; de ontbinding is niet ondergeschikt aan de nakoming. Dit wordt, net zoals bij blijvende onmogelijkheid, bepaald door het externe subsidiariteitsbeginsel zelf, nu door het minder vergaande middel van nakoming het geschonden belang van de schuldeiser niet (afdoende) kan worden hersteld.

Als gezegd, is er echter in het merendeel van de gevallen géén sprake van blijven- of of tijdelijke onmogelijkheid maar is nakoming doorgaans nog gewoon mogelijk. In de regel is het verzuimvereiste van het tweede lid dan ook van toepassing. Gebleken is dat het dít vereiste is dat aan de ontbinding, in verhouding tot de nakoming, haar subsidiaire karakter verleent. Althans, meestal. Want zelfs al is verzuim vereist, dan kunnen zich alsnog uitzonderingen op de subsidiariteit van de ontbinding voordoen. Zo kunnen partijen in de eerste plaats zelf een uitzondering creëren. De eis van ingebrekestelling is namelijk van aanvullend recht.⁵⁴ Dit houdt in dat partijen kunnen overeenkomen dat als er sprake is van een tekortkoming, een ingebrekestelling met een termijn voor nakoming niet is vereist en er direct kan worden ontbonden.⁵⁵ Aldus kunnen partijen er zelf voor kiezen het externe subsidiariteitsbeginsel buiten werking te stellen. Daarnaast kunnen uitzonderingen op de subsidiariteit van ontbinding gevonden worden in de verzuimregeling. Bij de bespreking van deze 'wettelijke' uitzonderingen zal blijken dat de meeste daarvan (wederom) besloten liggen in het externe subsidiariteitsbeginsel zelf; incidenteel is sprake van een 'ware' doorkruising van de subsidiariteit.

3.3.5 *Houding van de schuldenaar (art. 6:82 lid 2)*

De eerste uitzondering uit de verzuimregeling wordt gevormd door het tweede lid van art. 6:82. Volgens deze bepaling kan de schuldeiser volstaan met een ingebrekestelling zonder een redelijke termijn voor nakoming als uit de houding van de schuldenaar blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn.⁵⁶ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de

54 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 362, TM, Parl. gesch. boek 6, p. 294, De Jong 2006, nr. 20 1. In sommige gevallen is de ingebrekestelling evenwel dwingendrechtelijk voorgeschreven, zoals bijvoorbeeld voor koop op afbetaling en huurkoop, zie hierover met nadere literatuurverwijzingen Verbintenissenrecht (Wissink), art. 82, aant. 3.

55 Van den Brink 2005, p. 198 wijst erop dat een contractuele afwijking van de verzuimregeling in de praktijk niet zo heel vaak voorkomt.

56 Volgens art. 6:82 lid 2 geldt dit overigens ook indien de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen. Dit geval is evenwel niet van belang voor de ontbindingsremedie omdat art. 6:265 lid 2 voor het geval van tijdelijke onmogelijkheid immers geen verzuim en dus ook geen ingebrekestelling vereist.

schuldenaar zich er geheel op heeft ingesteld dat hij niet of te laat zal nakomen, dan wel wanneer hij dit aan derden heeft medegedeeld.⁵⁷ Evenzo kan een aanmaning gelet op de houding van de schuldenaar nutteloos zijn wanneer hij niet reageert op mondelinge klachten van de schuldeiser.⁵⁸ Let wel, als de schuldenaar aan de schuldeiser *meedeelt* niet of te laat te zullen nakomen, dan is art. 6:82 lid 2 niet van toepassing. Een dergelijke mededeling aan de schuldeiser valt namelijk onder art. 6:83 sub c, dat hierna zal worden besproken.

Reden voor uitzondering op de subsidiariteit van ontbinding is dat het in het genoemde geval geen zin heeft de schuldenaar nog een kans tot nakoming te gunnen. De uitzondering vloeit dan ook voort uit het beginsel zelf. Immers, wanneer reeds uit de houding van de schuldenaar volgt dat een aanmaning tot nakoming geen zin heeft, dan staat buiten twijfel dat toepassing van de minder vergaande nakomingsremedie het belang van de schuldeiser niet evengoed zal kunnen dienen als de verdergaande ontbinding.

Gelet op het belang van de schuldenaar moet hem echter wel duidelijk worden gemaakt dat de schuldeiser geen genoegen neemt met de vertraging en dat hij op zijn recht staat.⁵⁹ Daarom moet aan de schuldenaar een ingebrekestelling in de vorm van een aansprakelijkstelling worden verstuurd. Meteen met de ontvangst van de aansprakelijkstelling treedt het verzuim in.⁶⁰ Ontbinding is krachtens art. 6:82 lid 2 dus onmiddellijk – na ontvangst van de ingebrekestelling – mogelijk zonder dat eerst nog een kans tot nakoming hoeft te worden geboden.⁶¹

Naast het tweede lid van art. 6:82, behelst ook art. 6:83 uitzonderingen op de hoofdregel dat ontbinding subsidiair is aan nakoming. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat in sommige gevallen in het geheel geen ingebrekestelling is vereist, ook niet in 'afgeslankte' vorm. Dit betekent dat op het moment dat de schuldenaar tekortschiet, hij zonder meer (van rechtswege) in verzuim geraakt. Het bestaan van de minder vergaande mogelijkheid tot nakoming blokkeert in dat geval dus evenmin de uitoefening van de ontbindingsremedie. Art. 6:83 somt drie gevallen op waarin het verzuim van rechtswege aanvangt.

Wel is het van belang voor de schadevergoedingsremedie, nu art. 6:74 lid 2 bepaalt dat de schuldenaar ook in verzuim moet zijn als nakoming tijdelijk onmogelijk is. Zie nader hierover hoofdstuk 4.

57 Aldus TM, Parl. gesch. boek 6, p. 283, 288.

58 Vgl. voor een dergelijk geval het onder het oude recht gewezen arrest: HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 295 m.nt. PAS (Sloots/Lazarovski).

59 TM, Parl. gesch. boek 6, p. 288 en 294; MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 290

60 Dat het verzuim op dit tijdstip intreedt volgt uit art. 3:37 lid 3 (ontvangsttheorie). Vgl. ook MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 290.

61 Op het vereiste van een aansprakelijkstelling kan evenwel een uitzondering bestaan. Zo heeft de Hoge Raad aangenomen dat wanneer sprake is van een spoedeisende situatie en de schuldenaar niet in staat is of zich bereid toont om met de noodzakelijke spoed afdoende maatregelen te treffen, de eis van toezending van een aansprakelijkstelling ex art. 6:82 lid 2 niet valt te verenigen met de spoed waarmee in zo'n situatie maatregelen moeten worden genomen en de toezending in zo'n situatie ook geen nut zal hebben. In deze zin: HR 22 oktober 2004, *NJ* 2006, 597 m.nt. JH (Endlich/Bouw-machines).

3.3.6 *Fatale termijn (art. 6:83 sub a)*

Het eerste, voor de praktijk zeer belangrijke, geval is neergelegd in sub a. Volgens deze bepaling treedt het verzuim zonder ingebrekestelling van rechtswege in 'wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft.' Van een voor de voldoening bepaalde termijn is evenwel geen sprake als deze termijn gesteld wordt in een eenzijdige verklaring van de schuldeiser.⁶² Zo vereist de Hoge Raad dat de termijn door partijen is overeengekomen of op grond van de redelijkheid en billijkheid voortvloeit uit de aard van de overeenkomst in verband met de omstandigheden van het geval.⁶³ Wanneer er nu in de overeenkomst een termijn voor nakoming is bepaald en de prestatie blijft uit, dan kan de schuldeiser dus terstond ontbinden ook al kan de tekortschietende schuldenaar de prestatie nog verrichten.⁶⁴ Een aan de verbintenis toegevoegde tijdsbepaling⁶⁵ snijdt de werking van het externe subsidiariteitsbeginsel dus rigoureus af: het middel van nakoming hoeft niet eerst nog te worden beproefd, de termijn is fataal.

Aanvankelijk, zo blijkt uit de parlementaire stukken, was het verstrijken van een 'fatale' termijn voor de ontbindingsremedie echter niet voldoende. Dat op de tekortkoming rauwelijks actie kon worden ondernomen, werd beperkt tot de vordering tot

62 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje BV/Gotte Beheer BV) Volgens de Hoge Raad betekent het enkele stellen van een termijn namelijk nog niet dat dat de schuldenaar ermee heeft ingestemd dat hij bij overschrijding daarvan zonder ingebrekestelling in verzuim geraakt.

63 In zijn noot onder HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje BV/Gotte Beheer BV) schrijft Hijma dat de gevallen waarin zonder partijafsprake een fatale termijn wordt aangenomen, dikwijls op de rand van de impliciete partijafsprake zullen balanceren. Hij noemt daartoe als voorbeeld de koop van typische seizoensartikelen. Overigens heeft het Hof Amsterdam, waarnaar de Hoge Raad de zaak Fraanje BV/Gotte Beheer BV had verwezen, in zijn uitspraak van 22 juli 2004, *NJ* 2005, 111 alsnog geoordeeld dat (gelet op de omstandigheden van het geval) tussen partijen overeenstemming was bereikt over de termijn waarin Fraanje alsnog aan de op haar rustende verplichting zou moeten voldoen. Aan de aldus overeengekomen termijn (die werd bepaald door het aantal voor het uitvoeren van de werkzaamheden benodigde dagen) kwam volgens het hof ingebrekestellende kracht toe. Het hiertegen gerichte cassatieberoep is door de Hoge Raad met een beroep op art. 81 RO verworpen HR 3 februari 2006, *RvdW* 2006, 168.

64 Als de prestatie naar haar aard slechts zin heeft als zij binnen de gestelde termijn plaatsvindt, dan is bij overschrijding van die termijn sprake van relatief blijvende onmogelijkheid. In dat geval komt het verzuim in het geheel niet aan de orde en kan eveneens rauwelijks worden ontbonden (art. 6:265 lid 2 jo lid 1). Denk aan de reeds genoemde standaardvoorbeelden: de verbintenis tot levering van een bruidsjurk of -taart, de verbintenis van een solist om op een zeker tijdstip een concert te geven en de verplichting van een taxi-ondernemer om een passagier naar een bepaalde trein te vervoeren: zie § 3.3.1. Voor het externe subsidiariteitsbeginsel maakt het overigens niet uit of overschrijding van de termijn al dan niet als blijvende onmogelijkheid wordt aangemerkt. In beide gevallen, overschrijding fatale termijn (art. 6:83 sub a) en relatief blijvende onmogelijkheid van nakoming (art. 6:265 lid 2 jo lid 1) kan onmiddellijk ontbonden worden. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak: Gerechtshof 's-Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128.

65 Ook de rechter kan overigens een termijn als bedoeld in art. 6:83 sub a stellen HR 7 april 2000, *NJ* 2000, 499 m.nt. JBMV

schadevergoeding. Voor ontbinding werd een voorafgaande aanmaning vereist.⁶⁶ Pas als de schuldenaar dan nog steeds niet (correct) zou nakomen, kon worden ontbonden. Aldus was de ontbinding subsidiair aan de nakoming ook wanneer er een voor voldoening bepaalde termijn was verstreken. In het Gewijzigd Ontwerp heeft men het externe subsidiariteitsbeginsel laten varen. Thans geldt dat na het verlopen van de termijn (ook) meteen tot ontbinding kan worden overgegaan.⁶⁷ De keuze voor deze regel is gemotiveerd met een beroep op de praktijk die daarvoor een voorkeur lijkt te hebben.⁶⁸

Ten aanzien van het 'oorspronkelijke' bezwaar dat het voor de schuldenaar te hard zou zijn om hem bij iedere termijn bloot te stellen aan rauwelijkse ontbinding, wordt gesteld dat de schuldenaar die een termijn aanvaardt, in beginsel gewaarschuwd is en niet meer op 'zien komen' moet kunnen spelen, terwijl de schuldeiser vrij moet zijn zich zonder verdere aanmaningen elders in te dekken, wanneer de schuldenaar de overeengekomen termijn ongebruikt laat verstrijken.⁶⁹ Bovendien zou het bezwaar dat rauwelijkse ontbinding ingeval van termijnverloop te diep ingrijpt in de belangen van de schuldenaar vooral gelden voor de schuldenaar van individuele of naar soort bepaalde zaken of van diensten. Voor de belangrijke groep van de consumenten, die geen zaken en diensten plegen aan te bieden, zal het geen rol van betekenis spelen, of zal het hun hoogstens gemakkelijker maken om in geval een ondeugdelijke prestatie is ontvangen, zich van de overeenkomst te ontdoen.⁷⁰ Tot slot merkt de memorie van antwoord met het oog op de belangen van de schuldenaar op dat hij 'het onderhavige stelsel slechts heeft aanvaard in het vertrouwen dat de rechter niet zal schromen gebruik te maken van de hem in de wet geboden middelen om het, waar zulks nodig mocht blijken, te corrigeren.'⁷¹ De correcties op het uitgangspunt van rauwelijkse ontbinding ingeval van termijnverloop kunnen langs verschillende wegen worden aangebracht.

Het belangrijkste correctiemiddel is de slotzinsnede van art. 6:83 sub a: de termijn is fataal 'tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft.' Gezien de tenzij-formulering is het aan de schuldenaar om te bewijzen dat, in afwijking van de hoofdregel, de tijdsbepaling niet de strekking heeft om het verzuim vast te stellen. Het is een kwestie van uitleg van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval of de termijn als fataal is bedoeld.⁷² Is er aan de termijn evenwel een boetebeding (art. 6:91) gekoppeld dan wijst dit duidelijk op de bedoeling van partijen dat de schuldenaar

66 VV II (2846), Parl. gesch. boek 6, p. 291; MvA II (2846), Parl. gesch. boek 6, p. 292; TM, Parl. gesch. boek 6, p. 294.

67 MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 254.

68 MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 255. Vgl. ook MO, Parl. gesch. boek 6, p. 257

69 MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 255.

70 MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 255. Vgl. ook MO, Parl. gesch. boek 6, p. 257

71 MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 255

72 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 368. Afhankelijk van de uitleg van de overeenkomst zou volgens De Jong aangenomen kunnen worden dat de termijn wél ertoe strekt dat zonder ingebrekestelling aanvullende schadevergoeding kan worden gevorderd, maar dat niet meteen de meer ingrijpende remedies van vervangende schadevergoeding of van ontbinding mogelijk zijn. De Jong 2006, nr. 23.2; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 194 en 231.

door het enkele verstrijken van de termijn zonder meer in verzuim zal zijn.⁷³ Het opnemen van een termijn met een boetebeding zet het externe subsidiariteitsbeginsel dus zonder twijfel buiten werking waardoor ontbinding terstond mogelijk is.

Indien de rechter aanneemt dat de overeengekomen termijn niet de strekking heeft de schuldenaar van rechtswege in verzuim te brengen, is er dus wel een ingebrekestelling met een termijn voor nakoming vereist (art. 6:82 lid 1). Pas wanneer deze termijn vruchteloos verstrijkt, kan worden ontbonden. Zodoende kan via de tenzij-bepaling van art. 6:83 sub a het externe subsidiariteitsbeginsel bij ontbinding van toepassing zijn ook al is er een termijn in de overeenkomst opgenomen. Echter, de gevallen waarin de termijn als niet fataal wordt aangemerkt, zijn in de jurisprudentie dun gezaaid.⁷⁴

Een andere correctiemogelijkheid op de rauwelijkse ontbinding is dat de geringe overschrijding van de termijn geen tekortkoming oplevert die de ontbinding met haar gevolgen rechtvaardigt (art. 6:265 lid 1, slot).⁷⁵ Deze beperking op de ontbindingsmogelijkheid ingeval van het verstrijken van een contractuele termijn is terug te voeren op het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel vereist immers dat tussen het met de remedie te dienen belang en het daarmee te schaden belang geen onevenredige verhouding bestaat. Nu de tekortkoming ziet op het belang dat de schuldeiser met de ontbindingsremedie wenst te dienen en de gevolgen van de ontbinding betrekking hebben op het belang van de schuldenaar, gaat het hier om de werking van het proportionaliteitsbeginsel. Dit betekent dus eigenlijk dat volgens de toelichting het onredelijke resultaat waartoe de afwezigheid van het externe subsidiariteitsbeginsel zou leiden, kan worden ondervangen door het proportionaliteitsbeginsel.

Ten slotte kunnen op grond van art. 6:248 lid 2 de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat onmiddellijke ontbinding na overschrijding van de termijn onaanvaardbaar is. Dit is bijvoorbeeld het geval als de schuldeiser, gezien zijn houding in eerdere gevallen, zijn recht heeft verwerkt zich op de overschrijding van de termijn te beroepen.⁷⁶ Dat in een zodanige situatie onmiddellijke ontbinding niet mogelijk is, valt terug te voeren op de gedachte dat de schuldenaar, gelet op de houding van de schuldeiser bij termijnoverschrijding(en) in het verleden, erop mocht vertrouwen dat hij ook bij deze overschrijding niet meteen met een ontbinding zou worden geconfronteerd. In dat geval moet de schuldeiser hem dus bij ingebrekestelling eerst nog een termijn voor nakoming bieden. Pas als de schuldenaar deze nakomingsmogelijkheid onbenut laat, kan tot ontbinding worden overgegaan. Deze corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid leidt er dus toe dat ontbinding toch subsidiair is aan nakoming.

73 MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 293, Asser-Hartkamp I 2004, nr. 368

74 Zie voor een overzicht van deze spaarzame rechtspraak *Verbintenissenrecht* (Wissink), art. 83, aant. 26. Het belangrijkste geval lijkt te zijn dat de termijn niet fataal wordt bevonden als partijen in de overeenkomst opnemen dat voor ontbinding een ingebrekestelling is vereist. In deze zin bijvoorbeeld: Pres. Rb Middelburg 21 januari 1994, *KG* 1994, 74

75 MO, Parl. gesch. boek 6, p. 256-257

76 MO, Parl. gesch. boek 6, p. 257.

De tenzij-clausule van art. 6:83 sub a en de corrigerende werking van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen derhalve tot resultaat hebben dat ook al is er een termijn voor nakoming in de overeenkomst opgenomen, eerst de nakomingsmogelijkheid moet worden beproefd alvorens ontbinding mogelijk is. Gelet op de schaarse rechtspraak doen deze correcties zich evenwel slechts voor in zeldzame gevallen. Bovendien volgt uit een arrest van de Hoge Raad dat een schuldeiser er zonder veel risico vanuit kan gaan dat hij een ingebrekestelling achterwege kan laten, als een termijn voor nakoming is overeengekomen.⁷⁷ Als stelregel geldt dus dat overschrijding van een contractuele termijn ontbinding zonder meer mogelijk maakt, ook al is nakoming nog gewoon mogelijk. De invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel bij een termijnoverschrijding is in het algemeen dus nihil. Dit vloeit echter niet voort uit het beginsel zelf. Immers, volgens het externe subsidiariteitsbeginsel zou, uiteraard zolang presteren nog mogelijk is, eerst de minder vergaande nakoming moeten worden beproefd. Het eventuele bestaan van een termijn voor nakoming in de overeenkomst doet hieraan niet af. De regel van de fatale termijn kan dus worden aangemerkt als een 'ware' en belangrijke uitzondering op het externe subsidiariteitsbeginsel. Naar mijn mening zijn de argumenten die in de parlementaire stukken worden aangevoerd ter onderbouwing van het uitschakelen van de werking van dit beginsel steekhoudend;⁷⁸ de praktijk kan behoefte hebben aan rechtszekerheid die hierin bestaat dat de schuldeiser ervan kan uitgaan dat hij na het verloop van de contractuele termijn zonder verdere aanmaningen van zijn tekortschietende wederpartij af kan en zich vervolgens elders kan indekken. Bovendien weet de schuldenaar die een dergelijke termijn aanvaardt, van te voren waar hij aan toe is, namelijk dat tijdige en correcte nakoming voor de schuldeiser van groot belang is. Over deze vrijheid moeten partijen kunnen beschikken, ook al gaat dit ten koste van het externe subsidiariteitsbeginsel. De uitzondering van de fatale termijn op dit beginsel is dan ook gerechtvaardigd. Ook het gegeven dat de correctiemogelijkheden op de regel van de fatale termijn zelden worden gehanteerd, is naar mijn idee juist. Zou immers vaak een uitzondering worden aangenomen, dan wordt de (zelf te kiezen) rechtszekerheid die terecht hoog in het vaandel staat, volledig ondergraven.

Het tweede in art. 6:83 sub b genoemde geval waarin verzuim van rechtswege intreedt, ziet op de situatie waarin een schuldenaar tekortschiet in de nakoming van een *wettelijke schadevergoedingsverbintenis*. Omdat dit onderzoek ziet op de remedies die bestaan als tekortgeschoten wordt in de nakoming van een *verbintenis uit overeenkomst*, laat ik een verdere bespreking van deze bepaling achterwege. Het derde en laatstgenoemde geval is echter wel weer van betekenis voor dit onderzoek en kan dan ook niet buiten beschouwing blijven.

77 HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/Van Uitert) Vgl. tevens Hof Arnhem, 2 april 1996, NJ 1996, 689. Zie voorts Janssen en Van Rossum 2004, p. 67 waar zij schrijven dat uit de rechtspraak volgt dat indien in een overeenkomst een bepaalde termijn wordt genoemd, in principe moet worden aangenomen dat het gaat om een fatale termijn in de zin van art. 6:83 sub a. Er moeten wel heel bijzondere omstandigheden worden aangevoerd die een afwijking van dit uitgangspunt rechtvaardigen, aldus Janssen en Van Rossum.

78 Anders: Haas 2005, p. 435-436 en p. 442-443.

3.3.7 Mededeling van de schuldenaar (art. 6:83 sub c)

Volgens art. 6:83 sub c treedt het verzuim zonder ingebrekestelling in ‘wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten’.⁷⁹ Op het moment dat de schuldeiser de mededeling heeft ontvangen, is het verzuim ingetreden.⁸⁰ Alsdan hoeft er dus geen mogelijkheid tot nakoming te worden gegund; de schuldeiser kan direct ontbinden. De mededeling van de schuldenaar doorbreekt derhalve de subsidiariteit van ontbinding. Volgens de toelichting is dit gerechtvaardigd omdat een zodanige mededeling impliceert dat de schuldenaar de gevolgen van de niet-nakoming willens en wetens voor zijn rekening neemt.⁸¹ Blijkt de onwil van de schuldenaar om (correct) na te komen niet uit diens mededeling maar meer in het algemeen uit diens *houding*, dan moet – zo bleek hiervoor – krachtens art. 6:82 lid 2 wél een ingebrekestelling worden uitgebracht, zij het zonder een aanmaning tot nakoming (een aansprakelijkstelling). Voor de subsidiariteit van ontbinding maakt het dus geen verschil of de onwil van de schuldenaar is af te leiden uit een mededeling of uit diens houding, nu in geen van beide gevallen een termijn voor nakoming hoeft te worden geboden.

Dat door de mededeling van de schuldenaar dat hij niet of gebrekkig zal presteren, de minder vergaande nakomingsremedie niet eerst hoeft te worden toegepast voordat ontbinding mogelijk is, ligt besloten in het externe subsidiariteitsbeginsel zelf. Door die mededeling komt immers vast te staan dat de nakoming het belang van de schuldeiser niet (afdoende) zal kunnen behartigen.

Overigens kan de mededeling van de schuldenaar ook de boodschap bevatten dat hij de overeengekomen termijn voor nakoming niet zal kunnen halen.⁸² In dat geval vindt art. 6:83 sub c evenwel geen toepassing. Omdat de verbintenis niet opeisbaar is vóórdat het tijdstip voor nakoming is aangebroken, is er op het moment van deze mededeling geen sprake van een tekortkoming.⁸³ Immers, zolang het tijdstip voor nakoming niet is bereikt, kan niet gezegd worden dat de schuldenaar ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis van hem vergt. Dit zou betekenen dat de schuldeiser na

79 De mededeling hoeft niet persé een expliciete weigering in te houden. De bepaling is bijvoorbeeld ook van toepassing als de schuldenaar alleen bereid zegt te zijn tot de prestatie op andere voorwaarden, of als de schuldenaar expliciet ontkent dat op hem enige verplichting rust dan wel als de schuldenaar een buitengerechtigde verklaring tot vernietiging of ontbinding heeft uitgebracht: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 370 en met verwijzingen naar rechtspraak Verbintenissenrecht (Wissink), art. 83, aant. 47. Overigens heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 7 april 2006, *RvdW* 2006, 374 overwogen dat het verzuim ook zonder ingebrekestelling intreedt indien de vordering op het moment van de mededeling nog niet opeisbaar was. De niet-opeisbaarheid speelt namelijk geen rol, nu dezelfde mededeling van de schuldenaar op grond van art. 6:80 lid 1 onder b de gevolgen van niet-nakoming doet intreden voordat de vordering opeisbaar is – zie nader over de mogelijkheden vóór opeisbaarheid § 3.4

80 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 370. Dit vloeit immers voort uit art. 3:37 lid 3 (ontvangsttheorie)

81 *MvA* II, Parl. gesch. boek 6, p. 290

82 Vgl. *Rb* Zwolle 14 oktober 1998, *PrG* 1999, 5181 waarin zich het geval voordeed dat de verkoper van een partij winterpeen een dag vóór het overeengekomen tijdstip van levering, in strijd met eerdere afspraak, meedeelde dat hij slechts wilde nakomen onder bepaalde voorwaarden.

83 Asser-Hartkamp I 2004, nrs. 232-233

ontvangst van de mededeling niet kan ontbinden, maar zou moeten wachten tot de termijn voor nakoming (vruchteloos) is verstreken. Art. 6:80 lid 1 sub b bepaalt evenwel dat de gevolgen van niet-nakoming reeds intreden voordat de verbintenis opeisbaar is, indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat hij in de nakoming zal tekortschieten. Op het moment dat de schuldeiser de mededeling ontvangt van de schuldenaar waaruit hij moet afleiden dat de schuldenaar niet zal nakomen binnen de overeengekomen termijn, kan hij dankzij deze bepaling dus direct overgaan tot ontbinding.⁸⁴ Vanuit het externe subsidiariteitsbeginsel bezien, is deze voortijdige en rauwelijke ontbinding gerechtvaardigd. Immers, door het overeenkomen van de termijn is op grond van art. 6:83 sub a de subsidiariteit van ontbinding al bij voorbaat buiten spel gezet. In het voorgaande is aangegeven dat hiervoor goede gronden bestaan. Wanneer de schuldeiser nu zelf reeds aangeeft dat hij niet zal kunnen nakomen binnen de gestelde termijn, is het alleszins redelijk dat de schuldeiser, gelet op zijn belang om zich elders te kunnen indekken, de rauwelijke ontbindingsmogelijkheid reeds vóór de opeisbaarheid kan uitoefenen.

Hoewel de wettekst in andere richting lijkt te wijzen, is de opsomming van art. 6:83 (sub a, b en c) niet limitatief.⁸⁵ Zo kunnen andere wetsbepalingen of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat het verzuim van rechtswege en dus zonder ingebrekestelling intreedt. Dit betekent dat ook in andere gevallen dan welke worden genoemd in art. 6:83 rauwelijks ontbonden kan worden, ook al is nakoming nog mogelijk. Deze 'overige gevallen' kunnen dus evenzeer uitzonderingen op het externe subsidiariteitsbeginsel inhouden en komen daarom thans aan de orde.

3.3.8 Overige gevallen

Zoals gezegd, kan in de eerste plaats uit een andere wettelijke bepaling dan art. 6:83 volgen dat de schuldenaar van rechtswege in verzuim is. In het kader van ontbinding kan dit zich voordoen op grond van art. 6:274. Als de schuldeiser reeds een prestatie heeft verricht jegens de schuldenaar en er vervolgens ontbinding plaatsvindt, dan komt er een ongedaanmakingsverbintenis op de schuldenaar te rusten (art. 6:271). Als de schuldenaar nu in weerwil van de dreigende ontbinding te kwader trouw de prestatie heeft aangenomen, dan wordt hij krachtens art. 6:274 geacht in verzuim te zijn geweest vanaf het moment van ontvangst van de prestatie.⁸⁶ Voor de ontbindingsremedie als zodanig heeft deze uitzondering op het externe subsidiariteitsbeginsel evenwel

84 Aangenomen dat de tekortkoming toerekenbaar is, kan de schuldeiser eveneens onmiddellijk na ontvangst van de mededeling vervangende schadevergoeding vorderen. Voor de vergoeding van aanvullende (vertragings)schade blijft op grond van het tweede lid van art. 6:80 het oorspronkelijke tijdstip van opeisbaarheid gelden. Dit betekent dat de schuldeiser deze schade pas kan vorderen als de termijn voor nakoming is verstreken en de schuldenaar (van rechtswege) in verzuim is geraakt (art. 6:83 sub a).

85 MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 296.

86 Vgl. art. 6:205 waarin wordt bepaald dat degene die te kwader trouw een onverschuldigde betaling heeft ontvangen eveneens zonder ingebrekestelling in verzuim is.

geen betekenis, nu art. 6:274 pas een rol kan spelen nádat de ontbinding heeft plaatsgevonden. De bepaling ziet immers op de situatie dat de schuldenaar in verzuim is met de nakoming van een *ongedaanmakingsverbintenis* en heeft geen betrekking op het verzuim ten aanzien van de nakoming van een (*oorspronkelijke*) *verbintenis uit de overeenkomst* op grond waarvan de ontbinding plaatsvindt. Zodoende heeft art. 6:274 geen gevolgen voor de subsidiariteit van de ontbindingsremedie.

Niet alleen op grond van een specifieke wetsbepaling maar ook uit de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat een ingebrekestelling achterwege kan blijven en het verzuim direct intreedt. Dit is het geval wanneer het beroep van de schuldenaar op het ontbreken van de ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2) dan wel wanneer kan worden aangenomen dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan blijven en de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim raakt (art. 6:2 lid 1 en art. 6:248 lid 1).⁸⁷ Dat in sommige gevallen in afwijking van de wet geen ingebrekestelling of aansprakelijkstelling nodig is, stemt overeen met een passage in de parlementaire geschiedenis waar wordt opgemerkt dat het in art. 6:82 en 6:83 '(...) niet zozeer gaat om het geven van strakke regels die de schuldeiser, na raadpleging van de wet, in de praktijk naar de letter zal kunnen gaan toepassen, maar dat deze artikelen veeleer aan de rechter de mogelijkheid dienen te verschaffen om in de gevallen dat partijen – zoals meestal – zonder gedetailleerde kennis van de wet hebben gehandeld, tot een redelijke oplossing te komen naar gelang van wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht.'⁸⁸ Uit de literatuur en de jurisprudentie blijkt dat er een verscheidenheid aan gevallen bestaat waarin de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat geen ingebrekestelling nodig is en de schuldenaar zonder meer in verzuim raakt.⁸⁹ Voor de duidelijkheid heb ik deze gevallen in subcategorieën onderverdeeld. Zo komen achtereenvolgens aan de orde: (i) eigen gedragingen van de schuldenaar; (ii) de aanwezigheid van een nood- of spoedeisende situatie; (iii) reeds verrichte vergeefse poging(en) tot nakoming; (iv) het tekortschieten in een voortdurende verbintenis en (v) het toebrengen van zeer omvangrijke bijkomende schade.

87 Vgl. MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 296, Asser-Hartkamp I 2004, nr. 372, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 195 en HR 4 oktober 2002, NJ 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje BV/Gotte Beheer BV); HR 28 november 2003, NJ 2004, 237 (Van der Heiden/Bubbels). Zie over het subtiel onderscheid tussen de beperkende werking en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid Hijma in zijn noot onder het arrest inzake Fraanje BV/Gotte Beheer BV alsmede Janssen en Van Rossum 2004, p. 67-68 en A-G De Vries Lentsch Kostense in haar conclusie voor het arrest inzake Van der Heiden/Bubbels onder nr. 9.

88 MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 289.

89 Janssen 2005, p. 353 e.v. meent dat aldus een (te) grote onzekerheid is ontstaan. Volgens De Jong 2003, p. 87 wordt het verzuim zonder ingebrekestelling zelfs steeds minder een uitzondering – mede gezien het arrest van HR 4 oktober 2002, NJ 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje/Gotte) – reden waarom de kwestie van ontbinding in een dergelijk geval volgens haar thans de aandacht vraagt, te meer daar in ons recht ontbinding door een enkele verklaring kan geschieden. Zo stelt zij dat in de doctrine de discussie tot nu toe vooral geconcentreerd is gebleven op de ernst van de tekortkoming in samenhang met de mogelijke andere opties voor de schuldeiser.

(i) Eigen gedrag van de schuldenaar

Naar algemeen wordt aangenomen kan de schuldenaar door (uitdrukkelijk of stilzwijgend) erkend te hebben dat hij in verzuim is of door de schuldeiser ontslagen te hebben van het uitbrengen van een ingebrekestelling, zijn recht verwerkt hebben om zich op het uitblijven van een ingebrekestelling te beroepen.⁹⁰ Door zich dus zodanig te gedragen heeft de schuldenaar er in feite zelf voor gekozen om het externe subsidiariteitsbeginsel prijs te geven, op welk gegeven de schuldeiser vervolgens mag afgaan.

Een andere situatie waarin de schuldenaar door zijn eigen handelwijze een beroep op het externe subsidiariteitsbeginsel moet missen, betreft het geval waarin de schuldenaar *opzettelijk* wanprestatie heeft gepleegd.⁹¹ Degene die namelijk bewust probeert met een gebrekkige prestatie te volstaan, erop speculerend dat de schuldeiser bereid is daarmee genoegen te nemen, kan daarna niet stellen dat een ingebrekestelling ontbreekt waardoor hij alsnog correct zou kunnen nakomen. Overigens zal de schuldeiser dan wel moeten bewijzen dat inderdaad van opzettelijke wanprestatie sprake was. Volgens Brunner zal de schuldeiser het er in de meeste gevallen dan ook niet op aan laten komen of de rechter voldoende gronden aanwezig zal achten om het verweer dat een ingebrekestelling ontbrak terzijde te stellen, maar zal hij de schuldenaar niettemin in de gelegenheid stellen om zijn ondeugdelijke prestatie door een deugdelijke te vervangen.⁹² Deze uitzonderingssituatie zal zich dan ook hoogstzelden voordoen.

Tot slot kan nog worden gewezen op het volgende geval uit de rechtspraak. In deze zaak vorderde een huurder van zijn verhuurder vergoeding van de kosten die hij had gemaakt voor herstelwerkzaamheden als gevolg van een onderhoudsgebrek van het gehuurde. De verhuurder verweerde zich met de stelling dat hij eerst in gebreke had moeten worden gesteld, zodat hij de gelegenheid had gehad deze gebreken zelf te verhelpen. Hoewel nakoming na constatering van het onderhoudsgebrek dus nog mogelijk was, was de huurder in deze zaak niettemin gerechtigd om zonder ingebrekestelling tot herstel over te gaan, nu uit correspondentie kwam vast te staan dat de verhuurder in niet mis te verstane bewoordingen iedere verplichting van de hand had gewezen. Het bijzondere aan deze zaak is evenwel dat de correspondentie waaruit de onwillige houding van de verhuurder/schuldenaar bleek, plaatsvond op het moment dat de herstelwerkzaamheden al waren verricht. Desondanks oordeelt de Hoge Raad dat 'onder deze omstandigheden – die een vergelijkbare situatie als beschreven in

90 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 372; De Jong 2006, nr. 25.1; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 195; De Vries 1997, p. 97. Veelal wordt daarbij verwezen naar HR 20 januari 1921, *NJ* 1921, p. 363-365 (Zwanenberg/Boker). Schoordijk 1979, p. 173 rubriceert het geval van 'stilzwijgend ontslaan' van het uitbrengen van een ingebrekestelling echter onder de uitzonderingssituatie genoemd in art. 6:82 lid 2 (door houding van schuldenaar is enkel een aansprakelijkstelling vereist). Uitdrukkelijk hiertegen: De Vries 1997, t.a.p. Voor de gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel maakt dit verschil in rubricering evenwel niet uit, nu dit beginsel op grond van art. 6:82 lid 2 evenmin van toepassing is.

91 Vgl. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 372; De Jong 2006, nr. 25.4; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 195.

92 Brunner in zijn noot onder HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59 (Van der Gun/Farmex).

art. 6:83 onder c BW opleveren – Verzicht (de verhuurder, *MMS*) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zich achteraf niet erop kan beroepen dat Rowi (de huurder, *MMS*) haar niet voorafgaand aan de werkzaamheden ingebreke heeft gesteld.⁹³ Weliswaar betrof het hier een vordering tot schadevergoeding maar voor de ontbinding zal hetzelfde gelden: de schuldenaar kan zich niet beroepen op het ontbreken van een ingebrekestelling wanneer hij heeft aangegeven dat hij in het geheel niet aan zijn verplichtingen zal voldoen, ook al vindt dit plaats nádat de schuldeiser op de tekortkoming actie heeft ondernomen.⁹⁴ Aldus blijkt dat het externe subsidiariteitsbeginsel niet alleen toepassing mist als gevolg van het gedrag van de schuldenaar vóórafgaand aan de reactie van de schuldeiser op zijn tekortschieten,⁹⁵ maar dat het beginsel ook toepassing kan missen door het optreden van de schuldenaar achteraf. Immers, uit dit achteraf vertoonde gedrag kan volgen dat hij van meet af aan niet van zins zou zijn geweest te zullen nakomen. Een aanmaning tot nakoming zou dus nimmer het belang van de schuldeiser hebben gediend. Reden waarom dit minder vergaande middel, geheel overeenkomstig het externe subsidiariteitsbeginsel, dan ook niet eerst ter hand hoefde te worden genomen.

Zowel de eerstgenoemde situatie waarin sprake is van rechtsverwerking als het geval waarin de schuldenaar opzettelijk tekortschiet, ontnemen ‘werkelijk’ het subsidiaire karakter aan de ontbinding. Want het feit dat de schuldenaar zijn recht heeft verwerkt om zich te beroepen op het externe subsidiariteitsbeginsel of het gegeven dat hij opzettelijk is tekortgeschoten, neemt niet weg dat de minder vergaande nakoming het belang van de schuldeiser nog steeds evengoed zou kunnen dienen als de verdergaande ontbinding. Niettemin wordt er terecht van het externe subsidiariteitsbeginsel afgeweken. Want als de schuldenaar er in eerste instantie zelf voor kiest om dit beginsel prijs te geven, dan is het gelet op het belang van de schuldeiser alleszins redelijk dat er nadien geen beroep meer op mogelijk is. Evenzo is de doorkruising van het externe subsidiariteitsbeginsel gerechtvaardigd, als vast komt te staan dat de schuldenaar willens en wetens niet deugdelijk presteert omdat hij erop rekent dat de schuldeiser wel bereid zal zijn met de gebrekkige prestatie genoegen te nemen. Ook in dat geval is het juist dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid vóór het externe subsidiariteitsbeginsel gaan. De tot slot genoemde situatie waarin de invloed van dit beginsel ontbreekt omdat uit het optreden van de schuldenaar achteraf kan worden afgeleid dat een aanmaning vooraf nutteloos zou zijn geweest, ligt evenwel besloten in het externe subsidiariteitsbeginsel zelf. Zo brengt dit beginsel mee dat als de nakoming het belang van de schuldeiser van meet af aan niet zou hebben

93 HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 691 (Verzicht/Curator Rowi). Vgl. voor het oude recht reeds HR 15 mei 1987, *NJ* 1987, 830 (Sopar/Gronex). Kritisch hierover De Vries 2002, p. 25 en Harthief 2000, p. 900.

94 Vgl. HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 36 (Bolk c.s./Schurgers) en HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 237 (Van der Heiden/Bubbels).

95 En wel op grond van art. 6:82 lid 2 (houding van de schuldenaar); art. 6:83 sub c (mededeling van de schuldenaar), art. 6:2/248 lid 2 (rechtsverwerking). Een voorbeeld vormt Rb. Leeuwarden 25 juni 1998, *BR* 1998, 978. Zie in verband met de (weigerachtige) houding van de schuldenaar onder het oude recht ook HR 29 oktober 1971, *NJ* 1972, 40 m.nt. GJS (Canter/Stephenson).

gediend, het ook achteraf gezien niet eerst hoefde te worden beproefd. Aldus bezien, zou gesteld kunnen worden dat het externe subsidiariteitsbeginsel 'terugwerkende kracht' heeft.

(ii) Nood- of spoedeisende situatie

Een ander voorbeeld uit de jurisprudentie waarin gewag wordt gemaakt van een uitzondering op het vereiste van een ingebrekestelling, betreft een geval waarin een verhuurder zich jegens een huurder had verbonden om een restaurant te bouwen en op te leveren. Op een gegeven moment heeft de huurder bepaalde bouwkosten ten behoeve van het restaurant betaald. Deze kosten vorderde hij vervolgens als vervangende schadevergoeding, waarbij hij aanvoerde dat de verhuurder toerekenbaar tekortgeschoten was in zijn verplichting tot het bouwen en ter beschikking te stellen van het (door hem inmiddels gehuurde) restaurant. De huurder stelde de bouwkosten te hebben voorgesloten om een staking van de bouwwerkzaamheden en een gedwongen veiling te vermijden, nu de verhuurder in betalingsproblemen verkeerde. Dit laatste werd door de verhuurder betwist, waarop de huurder een bewijsaanbod deed. Het hof ging voorbij aan het bewijsaanbod omdat het van doorslaggevende betekenis achtte dat de huurder geen, voor het intreden van het verzuim vereiste, ingebrekestelling had doen uitgaan, en verwierp daarom het beroep op wanprestatie. De Hoge Raad overwoog evenwel dat moet worden aangenomen dat als na bewijslevering zou komen vast te staan dat de huurder om stillegging van de bouw vanwege betalingsproblemen bij de verhuurder te voorkomen de bouwkosten heeft voorgesloten, zich, afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval, het geval zou kunnen voordoen dat een voorafgaande ingebrekestelling niet van de huurder gevergd zou kunnen worden.⁹⁶ Weliswaar ging het in dit arrest om een vordering tot vervangende schadevergoeding, maar voor ontbinding zal dezelfde benadering gevolgd kunnen worden als zich een nood situatie voordoet, vindt het externe subsidiariteitsbeginsel onder omstandigheden geen toepassing.

In het verlengde hiervan ligt het bestaan van een spoedeisende situatie. Zo blijkt uit de rechtspraak dat de toezending van een ingebrekestelling evenzeer achterwege kan blijven als zij gelet op de spoed waarmee maatregelen moeten worden getroffen, niet mogelijk of zinvol is. Wel zal de schuldeiser het in een dergelijke spoedeisende situatie redelijkerwijs mogelijke moeten doen om de schuldenaar in de gelegenheid te stellen om het gebrek in de geleverde prestatie te herstellen. Indien evenwel de schuldenaar door hem niet bereikt kan worden (ook niet op een aan de spoedeisende situatie aangepaste wijze zoals per telefoon), of, bereikt zijnde, niet in staat is of zich niet bereid toont om met de noodzakelijke spoed afdoende maatregelen te nemen, brengen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat ten aanzien van de bedoelde, spoedeisende (herstel)werkzaamheden verzuim intreedt zonder dat een ingebrekestelling heeft plaatsgevonden.⁹⁷

96 HR 20 september 2002, NJ 2004, 458 m nt JH (Caribbean Bistros/Club Caraïbeën)

97 Vgl. HR 22 oktober 2004 NJ 2006, 597 m nt JH (Endlich/Bouwmachines)

Een nood- of spoedeisende situatie valt naar mijn mening evenwel pas aan te nemen, als de omstandigheden dusdanig zijn dat de schuldeiser zijn belang niet anders kan dienen dan door zelf actie te ondernemen. Het externe subsidiariteitsbeginsel brengt immers mee dat de weg van nakoming niet eerst hoeft te worden gevolgd, als het belang van de schuldeiser daardoor niet afdoende kan worden gediend. Voor de genoemde arresten betekent dit dat direct vervangende schadevergoeding (bestaande uit de kosten van nakoming door een derde) kan worden gevorderd, als het belang van de schuldeiser in het gedrang zou komen wanneer hij zijn wederpartij eerst nog een kans tot nakoming had moeten bieden. De aanwezigheid van een nood- of spoedeisende situatie vormt derhalve geen 'ware' uitzondering op het externe subsidiariteitsbeginsel, maar ligt daarin reeds besloten.

Aldus opgevat, zou ook kunnen worden betoogd dat sprake is van relatieve (tijdelijke) onmogelijkheid van nakoming: nakoming door de schuldenaar moet gelet op het belang van de schuldeiser als (tijdelijk) onmogelijk worden aangemerkt. In wezen betreft de nood- of spoedeisende situatie dus geen afzonderlijke categorie. Voor de remedie van ontbinding is dit inderdaad juist. Niettemin heb ik ervoor gekozen deze categorie hier apart te vermelden, omdat voor schadevergoeding ingeval van tijdelijke onmogelijkheid op grond van art. 6:74 lid 2 jo 6:82 lid 2 een ingebrekestelling in de vorm van een aansprakelijkstelling is vereist. Met het externe subsidiariteitsbeginsel heeft een dergelijke 'afgeslankte' ingebrekestelling weliswaar niets te maken (er hoeft immers geen termijn voor nakoming te worden geboden), maar omwille van de volledigheid wordt hier aangegeven dat in een nood- of spoedeisende situatie op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid dus ook een aansprakelijkstelling achterwege kan blijven.

(iii) Vergeefse poging(en) tot nakoming

De volgende situatie waarin de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, doet zich voor wanneer de schuldeiser al veelvuldig geklaagd heeft over de ondeugdelijke prestatie en de schuldenaar daarop heeft gereageerd met één of meer vergeefse pogingen tot herstel.⁹⁸ Van een uitzondering op de hoofdregel dat ontbinding subsidiair is aan nakoming kan hier echter niet gesproken worden. De schuldenaar is immers al op de tekortkoming opmerkelijk gemaakt en heeft de gelegenheid gehad tot herstel daarvan. Een kans tot nakoming is dus al geboden. Dit betekent dat in dergelijke gevallen het

⁹⁸ De Jong 2006, nr. 25.4, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 195, De Vries 1997, p. 96. Allen onder verwijzing naar HR 26 maart 1982, NJ 1982, 626 m.nt. CJHB (Automatic Signal/De Haas). Vgl. Ktg. Zwolle 26 maart 2002, Prg. 2002, 5912 en Ktg. Emmen 9 april 1997, Prg. 1997, 4830 waarin geoordeeld werd dat ontbinding mogelijk was door de koper van een gebrekkige zaak die meerdere malen tot herstel was aangeboden.

externe subsidiariteitsbeginsel, en dus de hoofdregel, reeds toepassing heeft gevonden en het verzuim daarom reeds is ingetreden.⁹⁹

(iv) Voortdurende overeenkomst

Als voorbeeld van het 'open' karakter van art. 6:83 wordt verder wel het geval genoemd waarin de schuldenaar een verplichting uit een voortdurende overeenkomst heeft geschonden. Een aanmaning tot nakoming, een ingebrekestelling, zou in dat geval nutteloos zijn voor de schuldeiser; het verzuim treedt zonder meer in.¹⁰⁰

In § 3.3.1 is evenwel naar voren gekomen dat deze situatie meestal wordt ondergebracht in de categorie 'blijvende onmogelijkheid van nakoming'. Immers, naar algemeen wordt aangenomen kenmerkt schending van een duurverbintenis zich door het gegeven dat verloren tijd niet kan worden ingehaald. Het belang van de schuldeiser kan door een aanmaning tot nakoming dan ook niet meer worden gediend. Terecht wordt daarom met het verlopen van elke periode waarin niet is gepresteerd, nakoming als (relatief) blijvend onmogelijk aangemerkt. Deze opvatting heeft tot gevolg dat in het geheel geen verzuim is vereist en men dus helemaal niet toekomt aan art. 6:83 jo art. 6:2/248.

Verder bleek dat mocht nakoming van een voortdurende verbintenis in een concreet geval toch nog betekenis hebben voor de schuldeiser, er wel verzuim vereist is maar dat iedere periode, gelet op de overeenkomst, dan vaak een fatale termijn behelst, waardoor het verzuim zonder ingebrekestelling op grond van art. 6:83 sub a intreedt. Ook dan doet zich dus niet een 'overig geval' van art. 6:83 voor. Is daarentegen noch sprake van blijvende onmogelijkheid, noch – in een uitzonderlijk geval – van een fatale termijn, dan moet een ingebrekestelling met een aanmaning worden uitgebracht en is de hoofdregel 'gewoon' van toepassing.

Hoewel over de precieze rubricering van de schending van een duurverbintenis verschil van inzicht bestaat – blijvende onmogelijkheid of een 'overig geval' van art. 6:83 – is dit voor het externe subsidiariteitsbeginsel eigenlijk van ondergeschikt belang. Vaststaat immers dat ongeacht de voorgestane rubricering bij een tekortkoming in de nakoming van een duurverbintenis veelal, conform dit beginsel, niet eerst een mogelijkheid tot nakoming behoeft te worden gegund. Dit betekent dat ontbinding meestal, in afwijking van de hoofdregel, niet subsidiair is aan nakoming.¹⁰¹

99 Overigens wordt van een vruchteloze poging tot herstel ook wel gesproken bij een situatie waarin nakoming gelet op het belang van de schuldeiser blijvend onmogelijk is: vgl. Verbintenissenrecht (Broekema-Engelen), art. 74, aant. 32.2. Nu bij blijvende onmogelijkheid zelfs in het geheel geen verzuim is vereist hoeft bij deze rubricering dus evenmin alsnog een termijn voor nakoming te worden geboden. Omdat bij een vergeefse poging tot herstel het externe subsidiariteitsbeginsel al toepassing heeft gevonden en het verzuim dus in principe reeds is ingetreden, gaat mijn voorkeur er naar uit om dit onder te brengen in de 'overige gevallen' van art. 6:83 (verzuim van rechtswege).

100 Verbintenissenrecht (Wissink), art. 83, aant. 58.

101 Daarentegen speelt het proportionaliteitsbeginsel bij een tekortkoming in een duurovereenkomst wel een grote rol, zie hoofdstuk 9

(v) *Zeer omvangrijke bijkomende schade*

Tot slot noemt De Jong nog als aanvulling op art. 6:83 het toebrengen van een zeer omvangrijke bijkomende schade. Is hiervan sprake dan kan de schuldeiser in haar visie dus meteen tot ontbinding overgaan.¹⁰² Dit is volgens De Jong evenwel een uitzonderlijk geval. Zo gaat zij ervan uit dat als er bijkomende schade is toegebracht de schuldeiser niet zonder meer kan ontbinden, maar dat hij eerst nog een termijn voor nakoming moet bieden.¹⁰³ Is de bijkomende schade echter zeer omvangrijk dan kan dat de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar volgens De Jong zozeer beïnvloeden dat de schuldenaar (op grond van de redelijkheid en billijkheid) van rechtswege in verzuim komt zonder eerst in gebreke te zijn gesteld.¹⁰⁴ In zoverre kan het externe subsidiariteitsbeginsel dus toch nog worden uitgeschakeld.

De Vries is het hier evenwel niet mee eens.¹⁰⁵ Immers, ingeval van bijkomende schade hanteert hij in het kader van de ontbinding de constructie van de nevenverbintenis. Nu nakoming van de nevenverbintenis blijvend onmogelijk is, is het verzuimvereiste van art. 6:265 lid 2 niet van toepassing, zodat aan het van rechtswege intreden van het verzuim ex art. 6:83, zoals door De Jong bepleit, niet eens wordt toegekomen.¹⁰⁶ Ontbinding kan volgens De Vries dan ook altijd onmiddellijk worden gevorderd ingeval van bijkomende schade, ongeacht de omvang ervan.¹⁰⁷

Naar mijn mening neemt De Jong terecht aan dat het geval van zeer omvangrijke bijkomende schade een uitzondering vormt op de subsidiariteit van ontbinding. Dit is evenwel geen 'ware' uitzondering, maar vloeit rechtstreeks voort uit het externe subsidiariteitsbeginsel zelf. Ik vind de rubricering van deze uitzondering in art. 6:83 echter niet erg gelukkig gekozen, omdat daardoor verhuld dreigt te worden wat de exacte reden is voor de afwezigheid van de subsidiariteit van ontbinding. Zo is de vraag of de minder vergaande nakoming de bijkomende schade kan wegnemen, binnen de ontbindingsremedie van geen enkel belang en wel omdat de ontbinding de geleden bijkomende schade nimmer kan opheffen. Als zodanig kan bijkomende schade de subsidiariteit van ontbinding dus niet doorkruisen. Echter, soms kan de bijkomende schade dusdanig omvangrijk zijn, dat de alsnog-nakoming voor de schuldeiser volledig 'in het niet' komt te vallen. Gelet op zijn belang moet de nakoming in een dergelijk

102 Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 195 en 233 en De Jong 1993, nr. 21. In de laatste bewerking van haar monografie (2006) valt deze opvatting niet meer terug te vinden. Thans schrijft zij 'slechts' dat het toebrengen van bijkomende schade naar haar mening wel ten gevolge heeft dat deze schade meteen opeisbaar is, maar niet dat de schuldeiser ontbindingsbevoegd wordt. De Jong 2006, nr. 11.2.

103 De Jong 2006, nr. 11.2, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 233, De Jong 1993, nr. 29.

104 Zie de in de vorige noot vermelde literatuur.

105 De Vries 1997, p. 98.

106 Aldus De Vries 1997, p. 98.

107 Wel wijst De Vries op de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1. Deze leidt er volgens hem veelal toe dat ontbinding ingeval van bijkomende schade toch niet mogelijk is, nu de tekortkoming in de nakoming van de nevenverbintenis vaak niet van voldoende gewicht is om de (nadelige gevolgen van de) ontbinding te rechtvaardigen, maar dat aanvullende gronden nodig zijn: De Vries 1997, p. 156-158.

geval dan ook als (relatief) blijvend onmogelijk worden aangemerkt. De afwezigheid van de subsidiariteit die veroorzaakt kan worden doordat de (zeer omvangrijke) bijkomende schade de nakoming zo goed als waardeloos maakt, hoort daarom thuis in het tweede lid van art. 6:265 in de categorie van de (relatief) blijvende onmogelijkheid van nakoming. Aan de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid bij art. 6:83 wordt aldus niet toegekomen.

Met de categorie 'overige gevallen' is het beeld compleet voor wat betreft het ontbreken van de subsidiariteit van ontbinding op grond van de verzuimregeling. Naast deze regeling bestaat er evenwel nog een wettelijke bepaling die in dit verband vermelding verdient. Het betreft de, al eerder genoemde, regel van art. 6:80 die (zelfs) vóórdat de verbintenis opeisbaar is rauwelijkse ontbinding mogelijk maakt.

3.4 Mogelijkheden vóór opeisbaarheid (art. 6:80 lid 1)

Art. 6:80 lid 1 somt (limitatief) drie gevallen op waarin de schuldeiser direct kan overgaan tot ontbinding ook al is de verbintenis van de schuldenaar niet opeisbaar.¹⁰⁸

In de eerste plaats kan voortijdig ontbonden worden als vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn (art. 6:80 lid 1 sub a). Hetzelfde geldt ná het moment van opeisbaarheid. Want wanneer op het moment dat de verbintenis wél opeisbaar is, vaststaat dat nakoming (blijvend of tijdelijk) onmogelijk is, eist art. 6:265 lid 2 geen verzuim zodat evenzeer direct kan worden ontbonden. Van onmogelijkheid in de zin van art. 6:265 lid 2 is sprake indien nakoming in absolute zin dan wel in relatieve zin onmogelijk is. Het is alleszins redelijk dat dit wordt doorgetrokken naar art. 6:80 lid 1 sub a,¹⁰⁹ zodat de schuldeiser reeds vóór de opeisbaarheid (rauwelijks) kan ontbinden als vaststaat dat nakoming absoluut gesproken niet mogelijk zal zijn,

108 De problematiek van (niet-)opeisbaarheid kan zich bijvoorbeeld voordoen als de verbintenis is aangegaan onder een tijdsbepaling, als de schuldenaar pas tot presteren verplicht is nadat de schuldeiser heeft gepresteerd dan wel als het een verbintenis onder een opschortende voorwaarde betreft: De Jong 2006, nr. 40

109 Evenzo: De Jong 2006, nr. 41; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 221. Anders evenwel MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 280. Overigens merkt De Jong nog op dat zich een bijzondere situatie kan voordoen wanneer de schuldenaar in geval van relatieve onmogelijkheid toch kans ziet om na te komen en zich hiertoe bereid verklaart. Volgens De Jong zullen in een dergelijk uitzonderingsgeval de redelijkheid en billijkheid meebrengen, dat de schuldeiser niet art. 6:80 sub a in stelling kan brengen. Vgl. Feenstra 1990, p. 560 en Struik 1983, p. 701-702. Naar mijn mening gaat deze redenering echter alleen op als sprake lijkt van relatieve onmogelijkheid van nakoming gelet op het belang van de schuldenaar (waarbij later kennelijk blijkt dat nakoming voor hem toch niet (relatief) onmogelijk is). Dit betekent dat als het de schuldeiser voorkomt dat nakoming gelet op het belang van de schuldenaar onmogelijk zal zijn, hij er goed aan doet om bij de schuldenaar te informeren of dit ook daadwerkelijk het geval is. Indien nakoming evenwel gelet op het belang van de schuldeiser (relatief) onmogelijk zal zijn, doet een dergelijke uitzonderingssituatie zich m.i. niet voor. Immers, dan vloeit zonder meer uit het externe subsidiariteitsbeginsel voort dat ontbinding direct mogelijk is: de minder vergaande nakoming zal het geschonden belang nimmer afdoende kunnen dienen. Dat de schuldenaar verklaart toch bereid te zijn om na te komen, maakt dit niet anders.

maar ook wanneer zeker is dat nakoming niet van de schuldenaar of schuldeiser geveerd zal kunnen worden.

Het tweede geval waarin voortijdige ontbinding mogelijk is, betreft dat waarin de schuldeiser vóór de opeisbaarheid van de verbintenis uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten (art. 6:80 lid 1 sub b).¹¹⁰ Nadat de schuldeiser de mededeling heeft ontvangen hoeft hij dus niet eerst het moment van opeisbaarheid af te wachten, maar kan hij onmiddellijk ontbinden. Ook voor dit geval geldt dat er geen verschil bestaat met de situatie ná het tijdstip van opeisbaarheid. Zo kan de schuldeiser evenzeer rauwelijks ontbinden indien een dergelijke mededeling hem ter ore komt nadat de verbintenis opeisbaar is geworden: volgens art. 6:83 sub c treedt in dat geval het vereiste verzuim immers van rechtswege in.

Tot slot kan de schuldeiser overgaan tot ontbinding ook al is de verbintenis nog niet opeisbaar, als hij goede gronden heeft te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten én deze laatste niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen (art. 6:80 lid 1 sub c). De enkele vrees, ook al berust deze op goede gronden, dat de schuldenaar zijn verbintenis niet zal nakomen is voor ontbinding dus niet voldoende. Door art. 6:80 lid 1 sub c wordt vereist dat de schuldeiser deze vrees eerst 'toetst' bij de schuldenaar door middel van een aanmaning. De aanmaning heeft hier dus slechts tot doel vast te stellen óf nakoming op het moment van opeisbaarheid (on)mogelijk zal zijn. De redelijke termijn die in de aanmaning moet worden geboden, behelst immers alleen maar een zekere periode voor de schuldenaar waarbinnen hij kan aangeven of de vrees voor een tekortkoming (on)terecht is. Nu de termijn dus niet ziet op een termijn waarbinnen de schuldenaar kan nakomen, is de vereiste aanmaning niet gegrond op het externe subsidiariteitsbeginsel, maar is zij veeleer terug te voeren op de gedachte dat de schuldenaar voorafgaand aan de opeisbaarheid van zijn verbintenis met maatregelen van de schuldeiser in principe geen rekening hoeft te houden;¹¹¹ mocht de schuldeiser evenwel goede gronden voor argwaan hebben, dan is het gelet op het vertrouwen van de schuldenaar geboden dat deze zich hierover kan uitlaten.¹¹² Indien de schuldenaar na ontvangst van de aanmaning evenwel nalaat zich (op reële wijze) bereid te verklaren

110 De mededeling moet overigens wel een definitief karakter dragen; een uitlating in een opwelling gedaan, geldt niet als zodanig, aldus TM, Parl. Gesch. Bock 6, p. 277. Tevens wordt daar opgemerkt dat als de *houding* van de schuldenaar aanleiding geeft tot twijfel art. 6:80 sub c van toepassing is.

111 Vgl. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 385.

112 Daarbij zal het van de omstandigheden van het geval afhangen hoe uitgebreid de schuldenaar op de door de schuldeiser aangevoerde gronden moet ingaan: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 385, De Jong 2006, nr. 41; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 221. Anders De Vries 1997, p. 116 die stelt dat voldoende is als de schuldenaar zich tot nakoming bereid verklaart. Daartoe verwijst hij naar de 'stellige uitspraak' in de TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 277, inhoudende dat de schuldenaar zich niet hoeft uit te laten over de vraag of hij te zijner tijd tot nakoming in staat zal zijn, maar zich alleen behoeft uit te spreken over zijn bereidheid om na te komen.

zijn verplichtingen op het moment van opeisbaarheid na te komen, dan kan de schuldeiser reeds op voorhand zonder meer overgaan tot ontbinding.

Wanneer de schuldeiser ná opeisbaarheid van de verbintenis goede gronden heeft te vrezen dat nakoming niet mogelijk is, vergt het belang van de schuldenaar evenzeer dat de schuldeiser eerst informeert in hoeverre nakoming daadwerkelijk niet mogelijk is. Zoals hiervoor al werd aangegeven, is dit niet terug te voeren op het externe subsidiariteitsbeginsel als zodanig. Wel hangt het ermee samen, omdat het antwoord op de vraag of nakoming onmogelijk is (of voor onmogelijk moet worden gehouden bij gebreke van een reactie van de schuldenaar) bepaalt of dit beginsel (via het verzuimvereiste) al dan niet van toepassing is. Een uitzondering doet zich evenwel voor als de vrees voortkomt uit de houding van de schuldenaar. In dat geval kan immers worden volstaan met een aansprakelijkstelling (art. 6:82 lid 2) en is ontbinding zonder nader onderzoek of een aanmaning tot nakoming mogelijk. Dit is redelijk omdat de schuldenaar de vrees voor een tekortkoming zelf in het leven heeft geroepen en daarmee in wezen al heeft aangegeven dat het bieden van een kans voor nakoming (toepassing van het externe subsidiariteitsbeginsel) nutteloos is. In zoverre bestaat er dus wel verschil met de situatie voorafgaand aan de opeisbaarheid, nu voor het geval de vrees alsdan is terug te voeren op de houding van de schuldenaar art. 6:80 lid 1 sub c vereist dat er eerst een aanmaning uitgaat met een termijn voor de schuldenaar om hierop te reageren. De verklaring voor dit verschil is gelegen in het feit dat de schuldenaar voorafgaand aan de opeisbaarheid in het geheel nog geen rekening hoeft te houden met maatregelen van de schuldeiser en er dus in beginsel op mag vertrouwen dat aan zijn houding geen gevolgen (kunnen) worden verbonden.

Voor het overige kan evenwel worden geconcludeerd dat art. 6:80 lid 1 in vergelijking met de situatie ná opeisbaarheid géén gevolgen heeft voor de subsidiariteit van ontbinding in verhouding tot nakoming.¹¹³ Voor de gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel behelst art. 6:80 lid 1 dus geen veranderingen; het enige dat door art. 6:80 lid 1 wordt bewerkstelligd is dat het tijdstip waarop ontbonden kan worden naar voren wordt gehaald in die zin dat ontbinding reeds vóór opeisbaarheid mogelijk is.¹¹⁴

113 Overigens zij erop gewezen dat ingeval van een niet-opeisbare verbintenis vaak een termijn zal zijn overeengekomen. Zolang de termijn nog niet is verstreken, kan art. 6:80 dus van belang zijn. Is de termijn evenwel vruchteloos verstreken, dan brengt art. 6:83 sub a in de regel mee dat het verzuim van rechtswege is ingetreden, waardoor de invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel na opeisbaarheid dus evenzeer ontbreekt en de schuldeiser onmiddellijk tot actie kan overgaan.

114 Zie voor de betekenis van art. 6:80 voor de schadevergoedingsremedie § 4.4. Voor de nakomingsremedie geldt dat zij, gelet op de aard van de gevallen waarin volgens art. 6:80 op de te verwachten niet-nakoming vooruitgelopen kan worden, geen uitkomst biedt. Daarin is nu juist de reden gelegen voor de afwezigheid van het externe subsidiariteitsbeginsel (ook na opeisbaarheid). Bovendien moet bedacht worden dat nakoming niet alleen een remedie is maar ook onlosmakelijk verbonden is met een verbintenis. Dit heeft tot gevolg dat zij de schuldeiser pas toekomt op het oorspronkelijke tijdstip van opeisbaarheid van de verbintenis, zodat art. 6:80 op de nakoming niet van toepassing is. Vgl. ten aanzien van dit laatste. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 386, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 222.

3.5 Tussenconclusie

In het voorgaande is komen vast te staan dat in het verzuimvereiste van het tweede lid van art. 6:265 de hoofdregel tot uitdrukking komt dat ontbinding subsidiair is aan nakoming.¹¹⁵ In twee gevallen doen zich uitzonderingen voor op de eis van verzuim, en daarmee op de hoofdregel, namelijk wanneer sprake is van blijvende of van tijdelijke onmogelijkheid van nakoming. Voor de schuldeiser die moet bepalen of hij eerst nog een ingebrekestelling met een termijn voor nakoming moet uitbrengen, kan het lastig zijn om vast te stellen of zich onmogelijkheid van nakoming voordoet. Als er sprake is van absolute onmogelijkheid (de specifieke zaak is verloren gegaan) is de situatie voor de schuldeiser duidelijk. Voor beantwoording van de vraag of nakoming relatief onmogelijk is, moet echter, zo bleek, een belangenafweging worden gemaakt.¹¹⁶ In dat geval moet enerzijds worden nagegaan of het belang van de schuldenaar een vordering tot nakoming verhindert, gezien de onevenredig grote offers die dit voor hem meebrengt. Anderzijds moet onderzocht worden of het geschonden belang van de schuldeiser door de nakoming wel afdoende wordt gediend. Gebleken is dat deze afweging ook moet worden gemaakt als er (zeer omvangrijke) bijkomende schade is geleden.

De belangenafweging die noodzakelijk is om te kunnen bepalen of nakoming relatief onmogelijk is, draagt een bepaalde mate van onzekerheid in zich. Is de situatie twijfelachtig dan doet de schuldeiser er verstandig aan om conform de hoofdregel eerst een mogelijkheid tot nakoming te bieden en pas over te gaan tot ontbinding als de schuldenaar in verzuim is geraakt. Als hij er namelijk ten onrechte van uit is gegaan dat nakoming blijvend onmogelijk was, en het verzuim daarom niet is ingetreden, dan is de ontbindingsverklaring achteraf gezien nietig, met alle nadelige gevolgen van dien. Veiliger is het dan ook om enkel in sprekende gevallen van (blijvende of tijdelijke) onmogelijkheid in afwijking van de hoofdregel direct te ontbinden.¹¹⁷

De afwijkingen die worden gevormd door de blijvende of tijdelijke onmogelijkheid schuilen in het externe subsidiariteitsbeginsel zelf: ontbinding is subsidiair aan nakoming, *tenzij* de nakoming het door de tekortkoming geschonden belang van de schuldeiser niet evengoed als de ontbinding kan dienen. Ingeval van blijvende en

115 Anders A-G Huydecoper die onlangs in zijn conclusie voor het arrest van HR 24 juni 2005, *JOL* 2005, 385 de vraag opwerpt of niet zou moeten worden overwogen, de thans geldende wettelijke regeling te herzien en te kiezen voor wat hij het spiegelbeeld daarvan zou noemen, ingebrekestelling is (alleen) nodig wanneer het een verplichting betreft waarvoor geen bepaalde termijn geldt, én wanneer de redelijkheid vergt dat de debiteur een faire kans wordt geboden om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen. Dit zouden volgens Huydecoper dan de uitzonderingen zijn op een hoofdregel die op het uitgangspunt berust, dat aansprakelijkheid zonder ingebrekestelling intreedt. In zelfde zin zijn conclusie voor HR 7 april 2006, *RvdW* 2006, 374.

116 De Vries 2002, p. 19-20 stelt dan ook terecht dat het begrip 'blijvende onmogelijkheid' een open norm behelst. Vgl. verder Haas 2005, p. 444 waar hij ervoor pleit dat bij de vraag of nakoming nog mogelijk is, dan wel of het verzuim al van rechtswege is ingetreden, de nadruk dient te liggen op een belangenafweging.

117 Vgl. Feenstra 1990, p. 561, Vranken 1989, p. 133.

tijdelijke onmogelijkheid gaat de 'tenzij-formule' op; het externe subsidiariteitsbeginsel is, zo bepaalt het zelf, dus niet van toepassing.

Maar ook wanneer verzuim wél is vereist, hoeft niet altijd eerst de minder vergaande nakomingsmogelijkheid te worden geboden alvorens kan worden ontbonden. Het verzuim kan mét dan wel zónder toepassing van het externe subsidiariteitsbeginsel intreden. De gevallen waarin het verzuim zonder toepassing van het beginsel intreedt, zijn neergelegd in de verzuimregeling (art. 6:82 en 83). Ook daarvoor geldt dat in twijfelgevallen, of in gevallen waarin bewijsmoeilijkheden zijn te verwachten, de hoofdregel, die in overeenstemming is met het externe subsidiariteitsbeginsel, beter kan worden toegepast.¹¹⁸

Voor het overgrote deel van de uitzonderingen neergelegd in de verzuimregeling geldt eveneens dat zij voortvloeien uit het externe subsidiariteitsbeginsel zelf; slechts in een 'handjevol' gevallen wordt daadwerkelijk afgeweken van hetgeen het beginsel meebrengt. Deze 'ware' uitzonderingen op het externe subsidiariteitsbeginsel zijn, naar mijn mening, alleszins gerechtvaardigd. Zo behoort de rechtszekerheid het beginsel te kunnen doorbreken, wanneer partijen daaraan de voorkeur (willen) geven door een fatale termijn overeen te komen. Ook de afwijking van het externe subsidiariteitsbeginsel door de rechtsverwerkingsgedachte is goed verdedigbaar. De schuldeiser moet er namelijk op kunnen vertrouwen dat de schuldenaar die in eerste instantie het beginsel heeft prijsgegeven nadien niet alsnog een beroep daarop kan doen. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor als de schuldenaar erkend heeft in verzuim te zijn of als hij de schuldeiser ontslagen heeft van het uitbrengen van een ingebrekestelling.

Tot slot behoren de maatstaven van redelijkheid en billijkheid vóór het externe subsidiariteitsbeginsel te gaan, als komt vast te staan dat de schuldenaar opzettelijk ondeugdelijk heeft gepresteerd, omdat hij ervan uitging dat de schuldeiser daarmee wel akkoord zou gaan. Het gaat niet aan dat de schuldenaar die eerst willens en wetens verkeerd presteert, daarna zou kunnen aanvoeren dat hem alsnog een mogelijkheid tot correcte nakoming moet worden geboden. Door het vertonen van een dergelijk gedrag heeft hij het aan zichzelf te wijten dat het externe subsidiariteitsbeginsel toepassing mist.

Maar wat geldt nu als het verzuim, al dan niet na toepassing van het externe subsidiariteitsbeginsel, eenmaal is ingetreden? Is het beginsel dan ook nog van invloed? Kan de schuldeiser rauwelijks ontbinden als de schuldenaar in verzuim verkeert maar nakoming nog mogelijk is?

Het antwoord lijkt wellicht simpel en voor de hand liggend. Vanaf het moment dat de schuldenaar in verzuim is geraakt, is aan het tweede lid van art. 6:265 voldaan en staat het de schuldeiser vrij om te ontbinden. Het bestaan van de minder vergaande nakomingsmogelijkheid lijkt daar dan niet (langer) aan af te doen. Voor het externe subsidiariteitsbeginsel lijkt dus geen rol (meer) weggelegd als het verzuim eenmaal is ingetreden. Toch ligt de (externe subsidiariteits)kwestie minder eenvoudig dan men zo op het eerste gezicht zou denken. Bedacht moet namelijk worden dat zolang de

118 Vgl. Asser-Hijma I 2001, nr. 429.

schuldeiser nog niet heeft ontbonden, de overeenkomst nog bestaat en daarmee de niet-nagekomen verbintenis.¹¹⁹ De in verzuim verkerende schuldenaar kan dus alsnog nakoming van zijn verbintenis aanbieden, uiteraard gesteld dat nakoming niet inmiddels (absoluut of relatief) blijvend onmogelijk is geworden.¹²⁰ Zou de schuldeiser deze aangeboden nakoming moeten accepteren, dan is de ontbinding (nog altijd) subsidiair aan de nakoming. Vanuit extern subsidiariteitsoogpunt rijst dan ook de vraag in hoeverre de schuldeiser het aanbod tot nakoming mag weigeren.

Volgens art. 6:86 kan de schuldeiser een na het intreden van het verzuim aangeboden nakoming slechts weigeren, zolang niet tevens betaling wordt aangeboden van de inmiddels tevens verschuldigd geworden schadevergoeding en van de kosten.¹²¹ Slaat de schuldeiser een met inachtneming van art. 6:86 gedaan aanbod tot nakoming evenwel af, dan geraakt hij in schuldeisersverzuim (art. 6:58).¹²² Hierdoor wordt het verzuim van de schuldenaar gezuiverd (art. 6:61 lid 1)¹²³ en is uitoefening van de ontbindingsremedie niet meer mogelijk (art. 6:266 lid 1). De schuldenaar kan dus, ook al verkeert hij reeds in verzuim, de werking van het externe subsidiariteitsbeginsel inroepen. Art. 6:86 jo art. 6:266 lid 1 impliceert immers dat ontbinding ondergeschikt is aan nakoming mét aanvullende schade- en kostenvergoeding.

De invulling van het externe subsidiariteitsbeginsel na het intreden van het verzuim wijkt dus af van de invulling die het beginsel kent vóór afgaande aan het verzuim. Immers, is in de periode voorafgaand aan het verzuim louter nakoming afdoende voor de subsidiariteit van de ontbinding, na het intreden van het verzuim is vereist dat in aanvulling op de nakoming, tevens de inmiddels verschuldigd geworden schade en kosten aan de zijde van de schuldeiser worden vergoed.¹²⁴ Als het verzuim eenmaal is ingetreden, wordt het geschonden belang van de schuldeiser dus kennelijk niet langer

119 Volledigheidshalve geldt dat de schuldeiser de overeenkomst evenmin moet hebben vernietigd, noch vervangende schadevergoeding via een omzettingsverklaring moet hebben gevorderd. MvT Inv., Parl. gesch. boek 6, p. 1255. Nu de bespreking evenwel plaatsvindt vanuit het oogpunt van de subsidiariteit van *ontbinding* betreft dit hier slechts 'een detail'. Zie voor de behandeling van art. 6:86 in verband met vervangende schadevergoeding § 4.2

120 Vgl. MvA, Parl. gesch. boek 6, p. 307, MvT Inv., Parl. gesch. boek 6, p. 1255

121 Onder de te vergoeden schade valt te denken aan vertragingsschade als ook bijkomende schade, en onder de kosten moet worden verstaan de executiekosten of de kosten die tevergeefs zijn gemaakt om de prestatie te ontvangen. MvA, Parl. gesch. boek 6, p. 307. Over de hoogte en omvang van de te vergoeden schade en kosten kan tussen partijen evenwel verschil van mening bestaan. Terecht stelt Feenstra 1998, p. 412 dat dit geen beletsel moet zijn voor toepassing van art. 6:86, nu in dat geval de schuldenaar kan volstaan met de verklaring dat hij het bedrag zal vergoeden dat hij, zonedig naar het oordeel van de rechter, als gevolg van het verzuim is verschuldigd. Is objectief gezien twijfel gerechtvaardigd over de kredietwaardigheid van de schuldenaar dan mag de schuldeiser zekerheid vragen.

122 MvT Inv., Parl. gesch. boek 6, p. 1255

123 Niettemin blijft de schuldenaar verplicht tot vergoeding van de schade en van de kosten die de schuldeiser gedurende het verzuim heeft geleden: MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 285-286; MvT Inv., Parl. gesch. boek 6, p. 1255.

124 Zie over het exacte tijdstip waarop het verzuim door de nakoming met aanvullende schade- en kostenvergoeding wordt beëindigd: Feenstra 1994, p. 79 e.v.; P-G Hartkamp in zijn conclusie voor HR 20 december 2002, *JOL* 2002, 708 en Stolp 2006, p. 109-118.

evengoed gediend door de nakoming 'sec', maar is hiervan zo te zien pas sprake als de nakoming gepaard gaat met een schade- en kostenvergoeding. Dit is juist. Volgens art. 6:74 lid 2 jo. lid 1 komt immers vanaf het moment dat het verzuim is ingetreden de door de tekortkoming veroorzaakte schade voor vergoeding in aanmerking.¹²⁵ Dit brengt mee dat het belang van de schuldeiser na het intreden van het verzuim slechts genoegzaam kan worden gediend, als de schuldenaar naast nakoming tevens aanvullende schadevergoeding aanbiedt.

Tot op welk moment exact de ontbinding subsidiair is aan nakoming met aanvullende schadevergoeding dan wel wanneer en waarom deze invulling van het externe subsidiariteitsbeginsel wordt doorbroken, wordt uitvoerig besproken in hoofdstuk 5. Voor nu kan worden volstaan met de conclusie dat als de schuldeiser wordt geconfronteerd met een tekortkoming hij in de regel eerst de nakomingsremedie dient uit te oefenen. Pas als deze remedie de schuldeiser geen uitkomst biedt omdat de schuldenaar nog steeds niet (correct) nakomt, kan hij de ontbindingsremedie ter hand nemen. De remedie van ontbinding blijft evenwel onder de invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel staan, zolang de schuldeiser, hoewel hiertoe gerechtigd, (nog) niet tot daadwerkelijke uitoefening daarvan is overgegaan. Zo gaat nakoming in de periode gelegen tussen het verzuim en de feitelijke ontbinding immers ook nog voor de ontbinding, zij het alleen als zij gecombineerd wordt met de remedie van aanvullende schadevergoeding.

Is de schuldeiser eenmaal tot ontbinding overgegaan, dan kan het slot van art. 6:265 lid 1 nog een beletsel vormen: ontbinding is mogelijk, 'tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt'. In hoeverre deze tenzij-clausule meebrengt dat de (gekozen vorm van) ontbinding nog moet worden afgezet tegen (i) de minder vergaande schadevergoedingsremedie (externe subsidiariteitstoetsing), (ii) een minder vergaande wijze van ontbindingsuitoefening (interne subsidiariteitstoetsing) en in hoeverre (iii) de nadelige gevolgen van ontbinding in verhouding tot het te dienen belang (proportionaliteitstoetsing) nog aan de ontbinding in de weg kunnen staan, zal verderop uitgebreid aan de orde komen. Thans volgt een bespreking van de bijzondere ontbindingsregeling die voor de consumentenkoop in art. 7:22 is neergelegd. Onderzocht zal worden in hoeverre ontbinding op grond van deze bepaling subsidiair is aan nakoming.

3.6 De verhouding van ontbinding ex art. 7:22 tot nakoming

Wanneer bij een *consumentenkoop* het afgeleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt, is de koper voor de ontbindingsremedie niet aangewezen op de algemene regeling van art. 6:265, maar op de bijzondere regel van art. 7:22. Zo bepaalt lid 1

¹²⁵ Vergoeding van bijkomende schade (denk aan de besmetting van de veestapel van de schuldeiser doordat een zieke koe is geleverd) is zelfs al vóór het intreden van het verzuim verschuldigd. Voor deze schadepost is het verzuimvereiste van art. 6:74 lid 2 namelijk niet van toepassing. Zie nader § 4.3.1.

onder a dat als het afgeleverde niet beantwoordt aan de overeenkomst, de koper bij een consumentenkoop de bevoegdheid heeft om de overeenkomst te ontbinden, tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Hieruit volgt dat als de *verkoper* wegens een tekortkoming tijdens de consument-koper wil overgaan tot ontbinding, hij is aangewezen op de algemene regeling van art. 6:265. Evenzo is art. 6:265 toepasselijk wanneer het gaat om andere vormen van koop, die niet als een consumentenkoop kunnen worden aangemerkt.¹²⁶

De specifieke ontbindingsregeling van art. 7:22 is in het leven geroepen ter implementatie van Richtlijn 99/44/EG van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (hierna: de richtlijn consumentenkoop).¹²⁷ De bepaling is op 1 mei 2003 in werking getreden.¹²⁸ Het grote verschil met art. 6:265 is dat op grond van art. 7:22 (in navolging van de richtlijn) géén verzuimvereiste geldt; de koper hoeft de verkoper dus niet eerst een schriftelijke ingebrekestelling met een redelijke termijn voor nakoming te sturen die de verkoper vervolgens vruchteloos laat verstrijken, alvorens ontbinding mogelijk is. Daarmee lijkt de ontbinding in afwijking van de algemene regeling dus niet subsidiair aan nakoming. Niets is echter minder waar.

Het tweede lid van art. 7:22 bepaalt namelijk dat de bevoegdheid tot ontbinding pas ontstaat wanneer herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet geleverd kunnen worden.¹²⁹ Wanneer bedacht wordt dat herstel en vervanging van de afgeleverde (non-conforme) zaak kunnen worden aangemerkt als specifiek voor de koop geldende nakomingsvorderingen,¹³⁰ wordt duidelijk dat art. 7:22 lid 2 ontbinding subsidiair maakt aan nakoming. Immers, zolang herstel en vervanging (nakoming) niet onmogelijk zijn of van de verkoper geleverd kunnen worden, dient de koper hiermee genoegen te nemen en kan hij niet ontbinden. Hoewel het tweede lid van art. 7:22 geen verzuimvereiste kent, is het dus toch in overeenstemming met het externe subsidiariteitsbeginsel: de koper/schuldeiser dient eerst zijn toevlucht te zoeken bij nakoming in de vorm van herstel en vervanging.

Mochten herstel en vervanging (nakoming) onmogelijk zijn of van de verkoper niet geleverd kunnen worden, dan kan de koper blijkens art. 7:22 lid 2 evenwel onmiddellijk tot ontbinding overgaan. Deze uitzonderingen op de externe subsidiariteitshoofddregel komen overeen met die van art. 6:265 lid 2.¹³¹ Als gezien, kan ook

126 Art. 7:5 lid 1 definieert de consumentenkoop als de koop met betrekking tot een roerende zaak, die wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, en een koper, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf

127 PbEG L 171. De richtlijn en de gevolgen daarvan voor het BW zijn onder meer besproken door Smits 2000a, p. 1825 e.v.; 2000b, p. 685 e.v.; 2001, p. 1047 e.v. en 2003, p. 1 e.v.; Frenk 2002, p. 106 e.v.; Klik 2004, p. 69-85; Hijma 2003, p. 29 e.v., Loos 2003, p. 155 e.v.; Loos 2004, nrs. 27-29.

128 Wet van 6 maart 2003, Stb. 2003, 151.

129 In dit verband wordt wel gesproken van een 'getrapt stelsel' MvT, TK 27 809, nr. 3, p. 7, Hijma 2003, p. 35, Smits 2000a, p. 1828

130 MvT, TK 27 809, nr. 3, p. 8; Asser-Hijma I 2001, nr. 380

131 Ten onrechte anders MvT, TK 27 809, nr. 3, p. 8 en p. 23.

volgens deze algemene bepaling rauwelijks ontbonden worden als nakoming (blijvend of tijdelijk) onmogelijk is. Hoewel art. 6:265 lid 2 niet expliciet als uitzondering het geval noemt dat nakoming van de schuldenaar (verkoper) niet geveegd kan worden, zoals art. 7:22 lid 2, ligt deze uitzondering daarin wel besloten. Zo is immers niet alleen sprake van onmogelijkheid als nakoming in absoluut opzicht (volstrekt en voor een ieder) onmogelijk is, maar ook wanneer nakoming, relatief gezien, als onmogelijk moet worden aangemerkt. Wanneer nu nakoming niet van de schuldenaar (verkoper) geveegd kan worden (art. 7:22 lid 2), wordt in het kader van het verzuimvereiste nakoming als (relatief) onmogelijk aangemerkt. Algemeen is immers aanvaard dat wanneer het verrichten van de prestatie onevenredige offers vergt van de schuldenaar, het vragen van nakoming niet mogelijk is.¹³² Alsdan is het niet de 'objectieve werkelijkheid', maar het proportionaliteitsbeginsel dat een (blijvende) belemmering vormt voor nakoming.¹³³ Ingeval nakoming niet van de schuldenaar (verkoper) geveegd kan worden, is ontbinding op grond van art. 6:265 dus evenzeer terstond mogelijk. In lid 5 van art. 7:21 wordt nader uitgewerkt wanneer van strijd met het proportionaliteitsbeginsel sprake is zodat rauwelijkse ontbinding mogelijk is. Zo volgt daaruit dat herstel en vervanging niet van de verkoper geveegd kunnen worden als de kosten daarvan in geen verhouding staan tot de kosten van uitoefening van een ander recht of een andere vordering die de koper toekomt, gelet op de waarde van de zaak indien zij aan de overeenkomst zou beantwoorden, de mate van afwijking van het overeengekomene en de vraag of de uitoefening van een ander recht of een andere vordering geen ernstige overlast voor de koper veroorzaakt.

Anderzijds is hiervoor gebleken dat ook het belang van de schuldeiser (koper) nakoming als onmogelijk kan kwalificeren in de zin van art. 6:265 lid 2, en wel wanneer het verrichten van de prestatie voor hem van geen nut (meer) is. Hoewel art. 7:22 lid 2 deze relatieve onmogelijkheid niet expliciet vermeldt, is aannemelijk dat in het uitzonderlijke geval dat het herstel en de vervanging het belang van de koper niet afdoende kunnen dienen, de nakomingsvorderingen als onmogelijk moeten worden aangemerkt, zodat ontbinding ex art. 7:22 lid 1 onder a direct mogelijk is.¹³⁴ Dat deze uitzondering op de subsidiariteit van ontbinding niet uitdrukkelijk in art. 7:22 lid 2 is opgenomen, valt volgens mij terug te voeren op het feit dat bij het opstellen van de richtlijn, en daarmee ook bij de implementatie ervan in het BW, het belang van de consument-koper tot uitgangspunt is genomen; hem wordt een aantal remedies toegekend ter opheffing van het nadeel dat bestaat uit een non-conforme prestatie. Daarbij is kennelijk ervan uitgegaan dat herstel en vervanging de koper doorgaans genoegzaam kunnen dienen. Bij het opstellen van de uitzonderingen op dit recht op herstel en vervanging is vervolgens de nadruk komen te liggen op het (bedrijfseconomische) belang van de verkoper dat door deze nakomingsvorderingen te zwaar belast

¹³² Zie § 3.3 I

¹³³ Zie uitvoerig over de rol van het proportionaliteitsbeginsel bij de nakomingsremedie hoofdstuk 11.

¹³⁴ Ook Smits 2003, p. 12 stelt dat de genoemde uitzonderingen van art. 7:22 lid 2 zien op de absolute en relatieve onmogelijkheid van nakoming. Vgl. ook Asser-Hijma I 2001, nr. 498; Bijzondere overeenkomsten (Van Rossum), art. 21, aant. 15.

zou kunnen worden (het proportionaliteitsbeginsel).¹³⁵ Ofschoon het belang van de koper bij de uitzonderingen op het recht op herstel en vervanging niet uitdrukkelijk wordt genoemd in art. 7:22 lid 2, ligt het dus niettemin voor de hand dat als (in een bijzonder geval) herstel en vervanging de koper geen soelaas bieden, deze nakomingsremedies als onmogelijk moeten worden aangemerkt, zodat hij direct kan overgaan tot ontbinding ex art. 7:22 lid 1 onder a.¹³⁶ Omdat echter aangenomen kan worden dat het belang van de koper doorgaans afdoende zal kunnen worden behartigd door herstel en vervanging, geldt op grond van art. 7:22 lid 2 dus eveneens de hoofdregel dat ontbinding subsidiair is aan nakoming.

Om nu te voorkomen dat het externe subsidiariteitsbeginsel tot in het oneindige wordt doorgevoerd, in die zin dat ontbinding niet kan worden gevorderd zolang maar herstel en vervanging (gelet op het belang van de koper en verkoper) mogelijk zijn, moet er een moment zijn waarop de primaire nakomingsvorderingen plaats maken voor de subsidiaire ontbindingsremedie. Een dergelijk omslagpunt wordt bij art. 6:265 lid 2 bewerkstelligd door middel van het verzuimvereiste op grond waarvan de schuldeiser een redelijke termijn voor nakoming moet bieden (art. 6:82 lid 1). Is deze termijn vruchteloos verstreken, dan geraakt de schuldenaar in verzuim en wordt de primaire nakomingsremedie van haar plaats verdrongen door de ontbinding. Hoewel wat ondoorzichtig en omslachtig, volgt ook uit art. 7:22 lid 2 dat een omslagpunt wordt bereikt na het bieden van een redelijke termijn tot herstel en vervanging. Zo bepaalt het tweede lid van art. 7:22 niet alleen dat de ontbindingsbevoegdheid pas ontstaat wanneer herstel en vervanging onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevergd kunnen worden, maar voorts dat ontbinding mogelijk is wanneer de verkoper tekort is geschoten in een verplichting als bedoeld in art. 7:21 lid 3. Art. 7:21 lid 3 bepaalt dat de verkoper verplicht is om, mede gelet op de aard van de zaak en op het bijzondere gebruik ervan dat bij de overeenkomst is voorzien, binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast voor de koper zijn verplichtingen na te komen. Het inbedden van het vereiste van een redelijke termijn in de (nakomings)verplichtingen van de verkoper, is overgenomen uit de richtlijn.¹³⁷ Daarmee lijkt door de wetgever uit het oog verloren te zijn dat het opnemen van deze verplichting in de richtlijn te maken heeft met het binnen (redelijke) grenzen houden van het externe subsidiariteitsbeginsel, hetgeen noodzakelijk is nu de eis van een ingebrekestelling met een termijn voor nakoming in de richtlijnbeoordelingen ontbreekt. Het apart opnemen van deze verplichting had dus achterwege kunnen blijven, nu het verzuimvereiste hiertoe al verplicht. Door de wetgever is juist het tegenovergestelde gedaan; de verplichting om binnen een redelijke termijn alsnog te presteren is in de wet opgenomen (art. 7:21 lid 3) en het

¹³⁵ Vgl. MvT, TK 27 809, nr. 3, p. 7

¹³⁶ Vgl. Loos 2004, nr. 29 die stelt dat het geval waarin van de koper niet kan worden gevergd dat hij de zaak laat herstellen of vervangen, moet worden opgelost door een extensieve interpretatie van art. 7:21 lid 3 op grond waarvan de verkoper het herstel of de vervanging moet verrichten binnen een redelijke termijn zonder daarbij ernstige overlast aan de koper toe te brengen. Verdedigd wordt dat alsdan aangenomen moet worden dat sprake is van 'ernstige overlast'

¹³⁷ Bovendien is deze verplichting niet beperkt tot de consumentenkoop nu zij ook bij andere koopvormen op haar plaats zou zijn MvT, TK 27 809, nr. 3, p. 21

verzuimvereiste is als overbodig komen te vervallen. De gedachte was daarbij dat de verplichting om binnen een redelijke termijn tot herstel en vervanging over te gaan ook reeds zonder ingebrekestelling op de verkoper rust zodat het verzuimvereiste geen zin meer zou hebben.¹³⁸

Dat miskend is dat de genoemde verplichting van de verkoper te maken heeft met het afbakenen van het externe subsidiariteitsbeginsel, blijkt voorts nog uit de opmerking in de memorie van toelichting dat de verkoper er goed aandoet uit eigen beweging tot herstel en vervanging over te gaan, omdat bij schending van de redelijke termijn voor herstel en vervanging (ex art. 7:21 lid 3) de koper kan ontbinden zonder de verkoper nog een voorafgaande redelijke termijn voor herstel en vervanging te bieden.¹³⁹ Bedacht moet echter worden dat de verplichting van de verkoper om binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast tot nakoming over te gaan, pas op hem kan komen te rusten als hij op de hoogte is van de non-conformiteit. Met het oog hierop bepaalt art. 7:23 lid 1 dan ook dat de koper gehouden is om binnen bekwame tijd na ontdekking van de non-conformiteit de verkoper hiervan kennis te geven. Het is daarbij aan de koper om aan te geven wat hij wenst: herstel of vervanging dan wel een andere nakomingsvariant.¹⁴⁰ Bij dit contact tussen koper en verkoper zal tevens aan het licht komen in hoeverre de gekozen nakomingsvorm (absoluut dan wel relatief) mogelijk is. Klaagt de koper slechts, maar geeft hij niet aan waar zijn voorkeur naar uitgaat dan ligt het op de weg van de verkoper hiernaar te vragen, waarbij hij op grond van art. 6:88 de koper een redelijke termijn kan stellen om te kiezen tussen de verschillende nakomingsvorderingen. Heeft de koper zijn keuze eenmaal gemaakt dán is de verkoper gehouden om binnen redelijke termijn en zonder ernstige overlast alsnog zijn verbintenis correct na te komen. Voldoet de verkoper niet aan deze verplichting, dan is op grond van art. 7:22 lid 2 jo art. 7:22 lid 1 onder a het omslagpunt bereikt en kan de koper overgaan tot ontbinding. De waarschuwing in de toelichtende stukken dat de verkoper erop bedacht moet zijn om uit eigen beweging binnen redelijke termijn alsnog correct na te komen, valt in zoverre dus nogal mee. Net zoals op grond van het verzuimvereiste geldt immers dat de koper de tekortschietende verkoper eerst een redelijke termijn tot nakoming moet bieden alvorens hij kan ontbinden, zij het dat dit verborgen ligt in de verplichting van de verkoper. Het verschil met de eis van verzuim is evenwel dat de aanmaning met een termijn tot nakoming ingevolge art. 7:22 lid 2 niet *schriftelijk* hoeft te worden gedaan.

Ofschoon dus geconcludeerd kan worden dat het ontbreken van het verzuimvereiste in art. 7:22 het externe subsidiariteitsbeginsel bij ontbinding niet heeft uitgeschakeld, roept dit ontbreken van de eis van verzuim wel een aantal vragen op. Daarop wordt thans nader ingegaan.

138 Nota naar aanleiding van het nader verslag, TK 27 809, nr. 8, p. 3 en Nota van Wijziging, TK 27 809, nr. 9, p. 1-2.

139 MvT, TK 27 809, nr. 3, p. 8 en p. 21. Dit heeft Frenk 2002, p. 109 doen stellen dat het vervallen van het verzuimvereiste voor de verkoper verstrekkende gevolgen heeft, nu hij er extra op bedacht moet zijn dat hij uit eigen beweging spoedig tot herstel en vervanging overgaat omdat als hij te lang heeft gewacht de koper zonder meer kan overgaan tot ontbinding.

140 Zie over de mate waarin de koper vrij is in zijn keuze tussen herstel en vervanging: § 8.3.

3.7 De vorderingen tot aflevering van het ontbrekende en opheffing van een last of beperking

Zo kan men zich ten eerste afvragen of ontbinding ex art. 7:22 lid 1 onder a ook subsidiair is aan twee andere in de kooptitel geregelde nakomingsvorderingen. Het tweede lid van art. 7:22 noemt immers slechts herstel en vervanging. Art. 7:21 lid 1 onder a kent de koper evenwel, naast herstel en vervanging, (ook) het recht toe aflevering van het ontbrekende te eisen. Deze nakomingsvordering ziet op het vereffenen van een tekortkoming die een afwijking in getal, maat en/of gewicht omvat.¹⁴¹ Dat alsdan eveneens sprake is van non-conformiteit (in kwantitatieve zin) volgt uit art. 7:17 lid 3 waarin is bepaald dat als het afgeleverde in getal, maat of gewicht van het overeengekomene afwijkt, dit evenmin beantwoordt aan de overeenkomst. In zoverre is de koper bij een consumentenkoop (ook) voor deze tekortkoming dus aangewezen op de ontbindingsremedie van art. 7:22.

Voorts is sprake van non-conformiteit (in kwalitatieve zin) als de koper een zaak krijgt afgeleverd die behept is met een last of een beperking die er niet op had mogen rusten. Ook ten aanzien hiervan wordt de koper in art. 7:20 een bijzondere nakomingsactie toegekend: hij kan eisen dat de last of beperking wordt opgeheven, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen. Aangenomen dat de vordering tot aflevering van het ontbrekende (art. 7:21 lid 1 onder a) en de vordering tot opheffing (art. 7:20) mogelijk is c.q. geen onevenredige offers vraagt van de verkoper, rijst de vraag of de koper bij een consumentenkoop op grond van art. 7:22 lid 2 pas kan ontbinden als hij de verkoper een redelijke termijn tot aflevering of opheffing heeft geboden. Is met andere woorden ontbinding subsidiair aan aflevering van het ontbrekende of opheffing van de last of de beperking?

Ik zou willen verdedigen dat, hoewel art. 7:22 lid 2 slechts herstel en vervanging noemt, aangenomen moet worden dat óók aflevering en opheffing in verhouding tot ontbinding de primaire remedies zijn.¹⁴² Wanneer deze nakomingsvarianten dus (in absoluut en relatief opzicht) mogelijk zijn, moet de koper de verkoper eerst de gelegenheid bieden om hieraan alsnog te voldoen. Pas wanneer de verkoper een redelijke termijn vruchteloos heeft laten verstrijken, kan worden overgegaan tot ontbinding ex art. 7:22 lid 1 onder a. Daartoe kan het volgende worden aangevoerd. In de eerste plaats moet worden bedacht dat art. 7:22 afkomstig is van de richtlijn consumentenkoop, waarin 'slechts' een geharmoniseerd regime van rechten van de consument wegens non-conformiteit in *kwalitatieve* zin beoogd werd; zo zijn enkel de remedies van herstel, vervanging, prijsvermindering en ontbinding van een regeling voor-

141 Asser-Hijma I 2001, nr. 387

142 Anders. Nota naar aanleiding van het nader verslag, TK 27 809, nr. 8, p. 3 en Loos 2004, nr. 29 waarin (m.i. ten onrechte) wordt aangenomen dat als het gaat om een tekortkoming die betrekking heeft op de verplichting tot eigendomsoverdracht of de verplichting tot aflevering (een rechtsgebrek) de koper is aangewezen op art. 6:265

zien.¹⁴³ Dit verklaart dan ook waarom in de uit de richtlijn afkomstige regeling van art. 7:22 lid 2 alleen de vorderingen van herstel en vervanging genoemd worden. Aannemelijk is evenwel dat het in deze bepaling besloten liggende externe subsidiariteitsbeginsel de ontbinding evenzeer beheerst als het gaat om de vorderingen van aflevering en opheffing. Dit geldt temeer, nu ontbinding ook op grond van de algemene regeling van art. 6:265 lid 2 subsidiair is aan nakoming.¹⁴⁴ Daarom moet art. 7:22 lid 2 in het licht van zijn ratio en tegen de achtergrond van art. 6:265 lid 2 zodanig worden uitgelegd, dat de koper bij een consumentenovereenkomst pas over de ontbindingsremedie beschikt als aflevering van het ontbrekende of opheffing van de last of beperking onmogelijk zijn of van de verkoper niet gevergd kunnen worden, dan wel wanneer deze nakomingsvorderingen mogelijk zijn maar de verkoper hiertoe niet binnen een redelijke termijn is overgegaan (vgl. art. 7:21 lid 3).

3.8 De uitzonderingen uit de verzuimregeling

Een andere vraag die door het ontbreken van het verzuimvereiste bij ontbinding ex art. 7:22 rijst, betreft het volgende. In het voorgaande is gebleken dat de verzuimregeling (art. 6:82 en 83) voor sommige gevallen bepaalt dat het verzuim zonder een (verstreken) termijn voor nakoming intreedt. In dat geval is de algemene ontbindingsremedie van art. 6:265 bij wijze van uitzondering dus niet subsidiair aan nakoming. Nu art. 7:22 geen verzuimvereiste kent, zijn de uitzonderingen uit de verzuimregeling dus niet (zonder meer) van toepassing. Men kan zich evenwel afvragen in hoeverre de externe subsidiariteitsregel van art. 7:22 lid 2 niettemin doorbroken wordt in de in de verzuimregeling genoemde gevallen, zodat de ontbindingsremedie ex art. 7:22 (net als de algemene ontbindingsremedie) onmiddellijk ter beschikking van de consument-koper staat.

Bij beantwoording van deze vraag is ten eerste van belang dat hiervoor is geconstateerd dat voor het overgrote deel van de in de verzuimregeling neergelegde uitzonderingen geldt dat zij in wezen geen uitzonderingen zijn, nu zij reeds besloten liggen in het externe subsidiariteitsbeginsel zelf. Dit gaat op voor de gevallen waarin uit de houding of uit een mededeling van de verkoper/schuldenaar (vgl. art. 6:82 lid 2 resp. art. 6:83 sub c) blijkt dat hij niet zal nakomen. Alsdan is het stellen van een redelijke

143 De (kwalitatieve) non-conformiteit van het afgeleverde werd namelijk als het voornaamste probleem van de consument en de belangrijkste bron van conflicten gezien: vgl. MvT, TK 27 809, nr. 3, p. 2.

144 Daarbij moet worden bedacht dat als de verkoper tekortgeschoten is in de verplichting om de zaak over te dragen en af te leveren (art. 7:9 lid 1) in die zin dat hij helemaal niets heeft gepresteerd, de koper is aangewezen op art. 6:265, nu in dat geval geen sprake is van een afgeleverde zaak die niet aan de overeenkomst beantwoordt zoals art. 7:22 lid 1 aanhef vereist. Dit betekent dat als aflevering en overdracht nog (absoluut en relatief) mogelijk is, verzuim nodig is en de koper de verkoper eerst een redelijke termijn voor nakoming moet bieden. In deze zin ook: de Nota naar aanleiding van het nader verslag, TK 27 809, nr. 8, p. 3. Dit brengt mee dat ook wanneer de verkoper gedeeltelijk heeft gepresteerd en aflevering van het ontbrekende ex art. 7:21 lid 1 onder a of opheffing van de last of beperking ex art. 7:20 (absoluut en relatief) mogelijk is, ontbinding aan deze nakomingsvorderingen subsidiair dient te zijn.

termijn voor nakoming reeds op voorhand zinloos zodat kan worden aangenomen dat (de minder vergaande) nakoming onmogelijk is en het externe subsidiariteitsbeginsel toepassing mist. Ook de omstandigheid dat de schuldeiser zich bevindt in een nood- of spoedeisende situatie, of het geval dat de schuldenaar reeds vergeefse poging(en) tot nakoming heeft verricht alsmede de situatie waarin door de zeer omvangrijke bijkomende schade nakoming 'in het niet' doet vallen (art. 6:83 jo. art. 6:248), maken dat de nakoming voor de koper/schuldeiser géén afdoende remedie vormt, zodat zij als onmogelijk moet worden aangemerkt en ontbinding dus direct mogelijk is. Nu in art. 7:22 lid 2 het externe subsidiariteitsbeginsel tot uitdrukking komt, kan worden aangenomen dat de genoemde uitzonderingen hierni besloten liggen. Alsdan moet nakoming (in de zin van herstel, vervanging, aflevering van het ontbrekende of opheffing van de last of beperking) onmogelijk geoordeeld worden, zodat ontbinding op grond van art. 7:22 lid 2 niet subsidiair is. In zoverre wordt de ontbinding ex art. 7:22 dus in dezelfde mate beheerst door het externe subsidiariteitsbeginsel als de ontbinding ex art. 6:265.

Verschillen zouden zich daarentegen kunnen voordoen als het gaat om de gevallen uit de verzuimregeling waarin daadwerkelijk wordt afgeweken van hetgeen het externe subsidiariteitsbeginsel meebrengt. Deze uitzonderingen kunnen namelijk niet met een beroep op de ratio van art. 7:22 lid 2 (het externe subsidiariteitsbeginsel) worden ingepast. Het gaat daarbij om de volgende gevallen. Volgens de algemene regeling is ontbinding rauwelijks mogelijk als partijen een (fatale) termijn voor nakoming hebben afgesproken (vgl. art. 6:83 onder a), als de schuldenaar opzettelijk wanprestatie heeft gepleegd dan wel wanneer de schuldenaar bij de schuldeiser het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat het bieden van een termijn voor nakoming geen zin zal hebben en daarmee zijn recht op een kans tot alsnog-nakoming heeft verwerkt (vgl. art. 6:83 jo. art. 6:248). De laatste twee gevallen, waarin de schuldenaar wegens zijn eigen gedrag het beroep op het externe subsidiariteitsbeginsel heeft verspeeld, lijken mij echter weinig problematisch. Zo zou gesteld kunnen worden dat het tegen de ontbindingsvordering gevoerde verweer van de verkoper dat ontbinding niet mogelijk is nu hem op grond van art. 7:22 lid 2 eerst de mogelijkheid tot herstel en vervanging moest worden geboden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als aannemelijk is dat hij opzettelijk wanprestatie heeft gepleegd dan wel de gerechtvaardigde illusie bij de koper heeft doen ontstaan dat het vragen van herstel en vervanging geen zin zou hebben. In het licht van de richtlijn consumentenkoop zijn deze afwijkingen bovendien mogelijk, nu de richtlijn geen unificatie, maar minimum-harmonisatie beoogt. De wetgever kan dan ook strengere voorschriften vaststellen of handhaven om de consument een hogere graad van bescherming te verzekeren.¹⁴⁵ Door de genoemde uitzonderingen (via art. 6:248 lid 2) op de externe subsidiariteitsregel van art. 7:22 lid 2 te aanvaarden, kan de consument-koper eerder ontbinden waardoor hij verdergaand wordt beschermd hetgeen, als gezegd, verenigbaar is met de richtlijn.

¹⁴⁵ Vgl. art. 8 lid 2 van de richtlijn consumentenkoop.

Een hogere mate van bescherming van de consument kan evenzeer worden bereikt, en is daarmee op grond van de richtlijn eveneens toegestaan, door de regel dat een afgesproken (fatale) termijn voor nakoming het externe subsidiariteitsbeginsel uitschakelt. Zo brengt art. 6:83 sub a voor de 'algemene' ontbindingsremedie mee dat zij direct mogelijk is (het verzuim treedt van rechtswege in) als niet binnen een dergelijke termijn correct is nagekomen. Ondanks deze door de richtlijn gelaten vrijheid is in art. 7:22 niet voorzien in een regel 'à la art. 6:83 onder a'. Evenmin is in de toelichtende stukken aan de uitzondering van de fatale termijn gerefereerd.¹⁴⁶ Gelet op de consistentie van het wettelijk stelsel en de daarmee samenhangende rechtszekerheid ben ik van mening dat het opnemen van een nakomingstermijn in de consumentenkoop tot gevolg moet hebben dat art. 7:22 lid 2 opzij wordt gezet, in die zin dat de koper rauwelijks kan ontbinden zodra de binnen de termijn afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt. Dat een termijn de externe subsidiariteitsregel uit het tweede lid moet kunnen doorbreken, klemmt temeer wanneer bedacht wordt dat als het gaat om een afgesproken (betalings)termijn die specifiek voor de koper geldt, de verkoper in dat geval meteen kan ontbinden als deze termijn is verstreken (art. 6:265 jo art. 6:83 onder a). Daarmee zou de verkoper dus verdergaand beschermd worden dan de consument-koper op grond van art. 7:22. Duidelijk moge dan ook zijn dat een overeengekomen termijn het externe subsidiariteitsbeginsel bij ontbinding ex art. 7:22 evenzeer moet (kunnen) doorkruisen. De vraag is evenwel óf en, zo ja, hóe dit in de bijzondere ontbindingsregeling valt in te passen.

Het tweede lid van art. 7:22 bepaalt dat herstel en vervanging slechts dan niet eerst hoeven te worden beproefd, wanneer zij onmogelijk zijn of van de verkoper niet kunnen worden geleverd. Bepleit zou kunnen worden dat als de verkoper binnen de afgesproken termijn een zaak heeft afgeleverd die niet aan de overeenkomst beantwoordt, herstel en vervanging als (relatief) onmogelijk zouden moeten worden aangemerkt. Daarmee zou de relatieve onmogelijkheid evenwel een andere (ruimere) invulling krijgen dan de relatieve onmogelijkheid van nakoming in het kader van art. 6:265 lid 2. Weliswaar wordt nakoming als onmogelijk aangemerkt als zij het belang van de schuldeiser niet afdoende kan behartigen, maar hiervan is volgens de heersende leer géén sprake als er binnen de overeengekomen termijn niet correct is gepresteerd. Een tijdstip speelt hierbij slechts een rol voor zover geldt dat de prestatie voor de schuldeiser na dat tijdstip van (vrijwel) geen waarde meer is, zoals bijvoorbeeld als een (deugdelijke) bruidsjurk niet vóór het huwelijk wordt afgeleverd. Het enkele verstrijken van een termijn uit de overeenkomst hoeft daarentegen nog niet mee te brengen dat de prestatie van geen belang meer is voor de schuldeiser. In plaats van oprekking van het begrip van (relatieve) onmogelijkheid, is het daarom wellicht juister om de uitkomst van art. 6:83 sub a analoog toe te passen via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2. Dit betekent dat aangenomen moet

146 Dit terwijl in de toelichting op art. 6:83 sub a expliciet wordt overwogen dat deze bepaling voor de belangrijke groep van de consumenten geen rol van betekenis zal spelen of het hun hoogstens gemakkelijker zal maken om in geval een ondeugdelijke prestatie is ontvangen zich van de overeenkomst te ontdoen: MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 255

worden dat als de verkoper niet binnen de overeengekomen termijn een conforme zaak aflevert, de maatstaven van redelijkheid en billijkheid het tweede lid van art. 7:22 in die zin opzij zet dat de koper direct beschikt over de ontbindingsbevoegdheid uit lid 1 onder a.

3.9 Het zuiveringsaanbod

Naast de hierboven genoemde bepalingen uit de verzuimregeling, komt daarin nóg een bepaling voor die ten aanzien van art. 7:22 lid 2 vragen oproept. Het betreft art. 6:86 dat zuivering van het verzuim mogelijk maakt. Als gezien, kan ontbinding ex art. 6:265 volgens deze bepaling ná het intreden van het verzuim subsidiair zijn aan (een aanbod tot) nakoming met aanvullende schadevergoeding. Daarmee rijst de vraag of hetzelfde geldt als de verkoper, die niet binnen een redelijke termijn tot herstel en vervanging is overgegaan, aan de koper aanbiedt alsnog herstel/vervanging te verrichten en de inmiddels verschuldigd geworden schade en kosten te vergoeden. Is het externe subsidiariteitsbeginsel dan ook nog van invloed of kan de koper in afwijking van de algemene regeling ondanks dit aanbod toch overgaan tot ontbinding?

In de toelichtende stukken is bij het achterwege laten van het verzuimvereiste in art. 7:22 (ook) niet stil gestaan bij de implicatie die dit heeft voor het zuiveringsaanbod ex art. 6:86. Zo wordt met geen woord gerept over de vraag of een door de verkoper gedaan aanbod tot (alsnog)nakoming (herstel of vervanging) aangevuld met schadevergoeding aan de ontbinding ex art. 7:22 in de weg kan staan.

Ik zie geen gronden waarom deze invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel, in afwijking van de algemene ontbindingsregeling, niet zou opgaan bij ontbinding van een consumentenkoop wegens non-conformiteit. Integendeel. Gelet op de al eerder aangehaalde consistentie van het wettelijk systeem is analogische toepassing van art. 6:86 niet alleen wenselijk, maar zelfs geboden. Men zou tegen overeenkomstige toepassing van art. 6:86 als bezwaar kunnen opwerpen dat het verder doorvoeren van het externe subsidiariteitsbeginsel bij art. 7:22 niet in overeenstemming is met de richtlijn consumentenkoop. Betoogd zou kunnen worden dat de richtlijn de beperking op de ontbindingsremedie bestaande uit het zuiveringsaanbod niet (uitdrukkelijk) kent en een dergelijke inbreuk op de bescherming van de consument niet toestaat. Ik meen evenwel dat de richtlijn toch (impliciet) ruimte biedt voor aansluiting bij art. 6:86. Deze ruimte kan worden gevonden in de bepaling uit de richtlijn dat ontbinding niet kan worden verlangd indien het gebrek aan overeenstemming van geringe betekenis is.¹⁴⁷ In navolging hiervan stelt art. 7:22 lid 1 onder a dat de koper de overeenkomst kan ontbinden, 'tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet kan rechtvaardigen'. Volgens de richtlijn, en art. 7:22 lid 1, kan ontbinding dus niet door de beugel als er tussen het te dienen belang (het gebrek aan overeenstemming c.q. de afwijking van het overeengekomene) en het te schaden belang onevenredigheid bestaat. Aldus blijkt dat de

147 Aldus luidt art. 3 lid 6.

ontbindingsremedie onderworpen is aan het proportionaliteitsbeginsel. Het is dit beginsel dat de benodigde ruimte biedt voor het doorvoeren van het (externe) subsidiariteitsbeginsel nadat een redelijke termijn (vruchteloos) is verstreken. Daartoe wil ik in herinnering roepen dat het externe subsidiariteitsbeginsel in wezen onderdeel uitmaakt van het ruimere proportionaliteitsbeginsel.¹⁴⁸ Zo kan immers gesteld worden dat ontbinding niet proportioneel is als een (combinatie van) andere minder vergaande remedie(s) de tekortkoming afdoende kan wegnemen. Het externe subsidiariteitsbeginsel ziet met andere woorden op de proportionaliteit van ontbinding in verhouding tot (een combinatie van) andere remedies. Dat op grond van de tenzij-clausule van art. 7:22 lid 1 een aanbod tot herstel en vervanging aangevuld met schadevergoeding de remedie van ontbinding uit handen van de koper kan slaan, is bovendien in overeenstemming met het feit dat art. 7:22 – via het tweede lid – geheel doortrokken is van het externe subsidiariteitsbeginsel. Dat de ontbinding ook nog beheerst wordt door dit beginsel nadat een redelijke termijn voor nakoming is verstreken (zij het gelet op het belang van de koper in aangepaste vorm), ligt daarmee dus voor de hand. Daarbij komt dat de aan het zuiveringsaanbod te verlenen voorrang niets onredelijks vraagt van de koper. Want, zoals in hoofdstuk 5 nader zal worden besproken, maakt het zuiveringsaanbod de ontbinding niet ongelimiteerd of ‘eindeloos’ subsidiair aan nakoming. Om derhalve de gewenste aansluiting bij de algemene regeling van art. 6:86 te bewerkstelligen, moet de tenzij-clausule van art. 7:22 lid 1 onder a in dit licht worden uitgelegd.

3.10 Tot slot

Bij de implementatie van de richtlijn consumentenkoop heeft de wetgever naar mijn idee het verzuimvereiste nogal ondoordacht ingeruild voor de externe subsidiariteitsregel van de richtlijn en deze neergelegd in art. 7:22 lid 2.¹⁴⁹ Daardoor zijn afstemmings- en samenhangproblemen ontstaan met de algemene verzuimregeling waarin het externe subsidiariteitsbeginsel, anders dan op grond van de Europese richtlijn, al op een consistente en juiste wijze zijn beslag heeft gekregen. Om onduidelikheden en tegenstrijdigheden te voorkomen heb ik dan ook ervoor gepleit om bij de toepassing van art. 7:22 lid 2 aansluiting te zoeken bij de verzuimregeling. Dat de richtlijn hieraan geenszins in de weg staat, volgt uit het gegeven dat zowel het verzuimvereiste als de bepaling van art. 7:22 lid 2 geheel zijn ingegeven door één en dezelfde gedachte: het externe subsidiariteitsbeginsel. Verschil is en blijft evenwel dat voor de toepassing van dit beginsel op grond van de verzuimeis een *schriftelijke* aanmaning wordt vereist, terwijl dit vormvereiste bij art. 7:22 lid 2 ontbreekt. Dit betekent dat als de koper náást ontbinding ex art. 7:22 tevens aanvullende schadevergoeding wenst, de vereiste redelijke termijn voor nakoming níet voor de ontbinding, maar wél voor de aanvullende

148 Zie § 1.3 en § 2.6

149 Vgl. ook Hijm 2003, p. 39 die stelt dat de wet door alle overlappingen en uitsteeksels ‘lelijk’ aan het worden is en daarom pleit voor (meer) transparantie in het kooprecht

schadevergoeding gegoten moet zijn in een *schriftelijke* ingebrekestelling (art 6:74 lid 2 en art 6:277 jo art 6:265 lid 2). Evenzo is een schriftelijke aanmaning vereist als de koper geen ontbinding wenst, maar het herstel door een derde wil laten verrichten en de kosten daarvan op de verkoper wil verhalen. Hiertoe kan de koper volgens art 7:21 lid 6 namelijk pas overgaan, nadat hij de verkoper *schriftelijk* heeft aangeklaagd aan zijn verplichting tot herstel te voldoen. Kortom: de koper bij een consumentenkoop moet erop bedacht zijn dat afhankelijk van de remedie die hij wenst uit te oefenen, de aanmaning de ene keer wel en de andere keer niet schriftelijk hoeft te geschieden. Het spreekt welhaast voor zich dat dit de duidelijkheid en daarmee de bescherming van de consument niet ten goede komt. Dat de situatie bij nader inzien toch veel minder bezwaarlijk is dan op het eerste gezicht lijkt, blijkt als bedacht wordt dat de eis van een geschrift op grond van de verzuimregeling aanzienlijk wordt gerelativeerd. Algemeen is immers aanvaard dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat het verzuim zonder (schriftelijke) ingebrekestelling intreedt als de schuldeiser al heeft geklaagd over de ondeugdelijke prestatie en de schuldenaar daarop heeft gereageerd met één of meerdere vergeefse pogingen tot herstel.¹⁵⁰ Dit betekent dus dat als de koper de verkoper een redelijke termijn voor herstel of vervanging heeft geboden, die vervolgens vruchteloos is verstreken, hij kan overgaan tot ontbinding aangevuld met schadevergoeding ook al is een *schriftelijke* aanmaning achterwege gebleven. De verwarring die bij de consument-koper kan ontstaan over de vraag of de aanmaning tot nakoming al dan niet schriftelijk moet worden gedaan, hoeft daarmee dus geen drastische gevolgen te hebben zolang hij maar de verkoper in de gelegenheid stelt alsnog behoorlijk te presteren.

Kort en goed is voor dit hoofdstuk van belang te constateren dat vanuit extern subsidiariteitsoogpunt geen verschil bestaat tussen de algemene regeling van art 6:265 en de bijzondere bepaling van art 7:22, beide omvatten de hoofdregel dat de remedie van ontbinding subsidiair is aan de nakomingsremedie.

¹⁵⁰ Zie § 3.3.8 onder (iii).

4.1 Inleiding

De teleurgestelde schuldeiser die náást ontbinding vergoeding van zijn (aanvullende) schade wil verkrijgen, dan wel in plááts van ontbinding (vervangende) schadevergoeding verlangt, is aangewezen op art. 6:74.¹ Het eerste lid van deze bepaling luidt dat iedere tekortkoming de schuldenaar verplicht tot vergoeding van de schade die de schuldeiser daardoor lijdt, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. Anders dan voor ontbinding, is voor schadevergoeding dus een *toerekenbare* tekortkoming vereist. Uit art. 6:75 vloeit voort dat hiervan sprake is wanneer de tekortkoming te wijten is aan de schuld van de schuldenaar, maar ook als zij krachtens de wet, de rechtshandeling en de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn risico komt.² In het vervolg zal er gemakshalve van uitgegaan worden dat sprake is van een dergelijke toerekenbare tekortkoming (wanprestatie).

Bezien vanuit het externe subsidiariteitsbeginsel rijst de vraag in hoeverre de schuldeiser vrij is om in plaats van nakoming schadevergoeding te vorderen; kan hij overgaan tot het vorderen van schadevergoeding als uitoefening van de minder vergaande nakomingsremedie evenzeer mogelijk is? Deze vraag naar de verhouding van schadevergoeding tot nakoming is gecompliceerd. Dit heeft te maken met het feit dat de schadevergoeding als bijzonder kenmerk heeft dat zij aanvullend en vervangend van aard kan zijn. Zo beoogt de vervangende schadevergoeding, net als de ontbinding, het nadeel op te heffen dat bestaat uit de tekortkoming. Daarom kan zij ook in plááts van de ontbinding worden uitgeoefend. De aanvullende schadevergoeding vereffent daarentegen ‘enkel’ het nadeel dat het *gevolg* is van de tekortkoming, maar neemt

1 Indien de schuldeiser schadevergoeding náást ontbinding wenst, biedt ook art. 6:277 hem uitkomst. Daaruit volgt expliciet dat ook die (aanvullende) schade voor vergoeding in aanmerking komt die het gevolg is van het feit dat de overeenkomst (toerekenbaar) niet wordt nagekomen, maar wordt ontbonden (typische ontbindingsschade). De vraag of de schade het gevolg is van de tekortkoming dan wel van de ontbinding wordt daarmee dus irrelevant.

Wanneer de consument-koper wegens een toerekenbare tekortkoming zijdens de verkoper schadevergoeding wenst, is hij ingevolge art. 7:24 lid 1 evenzeer aangewezen op art. 6:74. Is de schade evenwel veroorzaakt door een veiligheidsgebrek dan is volgens art. 7:24 lid 2 in beginsel de regeling van de productaansprakelijkheid van toepassing. Zie nader hierover: Asser-Hijma 2001, nr. 443 e.v., Klok 2004, p. 86 e.v.; Loos 2004, nr. 30

2 Overigens kan, ingeval de tekortkoming niet toerekenbaar is, nog wel schadevergoeding worden gevorderd in het specifieke geval van art. 6:78. De grondslag voor de schadevergoeding is dan echter niet de tekortkoming, maar is gelegen in het feit dat de schuldenaar, gelet op de situatie waarin hij behoorlijk zou zijn nagekomen, in verband met de tekortkoming ongerechtvaardigd is vernijkt.

niet de wortel van het kwaad weg; het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming zelf. Zodoende kan zij náást de ontbindingsremedie worden uitgeoefend. Als zodanig vult de aanvullende schadevergoeding de (toepassing van) ontbinding derhalve aan. Hetzelfde kan worden gesteld voor (de toepassing van) de vervangende schadevergoeding; omdat de genoemde vormen van schadevergoeding gericht zijn op het dienen van verschillende belangen kan de aanvullende schadevergoeding ook daar supplementair zijn. In dit hoofdstuk zal blijken dat dit dogmatische verschil tussen de vervangende en de aanvullende schadevergoeding gevolgen heeft voor de mate waarin het externe subsidiariteitsbeginsel de schadevergoedingsregeling beheerst.³

4.2 De verhouding van *vervangende* schadevergoeding tot nakoming

Wanneer de schuldeiser overgaat tot het vorderen van *vervangende* schadevergoeding, wordt de oorspronkelijke verbintenis van de schuldenaar omgezet in een verbintenis tot schadevergoeding.⁴ Dit betekent dat de schuldenaar niet (langer) de prestatie zelf moet verrichten, maar de vervangende waarde van de prestatie dient te vergoeden. In het klassieke voorbeeld van een geleverde koe die blijkt te lijden aan een besmettelijke ziekte, betekent uitoefening van de vervangende schadevergoedingsremedie dat de koper in plaats van alsnog-levering van een gezonde koe (nakoming), de waarde van een gezonde koe verkrijgt. Evenzo is sprake van vervangende schadevergoeding als de schuldeiser de kosten vordert die hij heeft moeten maken om de tekortkoming op te (laten) heffen. Ook dan hoeft de schuldenaar immers niet (langer) de prestatie zelf te verrichten, maar dient hij de kosten, de waarde, van deze prestatie (de 'nakomingskosten') te vergoeden. Een voorbeeld betreft een geval waarin een badkamer lekkages vertoont omdat de aannemer het sanitair onjuist heeft geplaatst en heeft nagelaten alles af te kitten. Indien de schuldeiser de badkamer vervolgens laat herstellen door een derde, wordt door de vordering tot vergoeding van de herstelkosten (de 'nakomingskosten') de oorspronkelijke verbintenis van de schuldenaar omgezet in een schadevergoedingsverbintenis.⁵ Kort gezegd, vervangt de vervangende schadever-

3 Zoals in de inleiding al is aangegeven, blijft het boetebeding, dat een contractuele afwijking vormt van het wettelijk schadevergoedingsregime, hier buiten beschouwing gelet op zijn eigen, specifieke aard, te weten het aansporen tot nakoming en/of het fixeren van de schadevergoeding (vgl. art. 6:91 e.v.). Opmerking verdient overigens dat ook voor het vorderen van nakoming van het boetebeding ingevolge art. 6:93 een aanmaning of andere voorafgaande verklaring nodig is. Zie uitvoerig over het boetebeding: (het proefschrift van) Schelhaas 2004.

4 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 356 en nr. 377, Asser-Hijma 2001, nr. 440, De Vries 1997, p. 104, Verbintenissenrecht (Broekema-Engelen), art. 74, aant. 46, Smits 2004, p. 42.

5 Vgl. ook HR 26 april 2002, *NJ* 2004, 210 m.nt. JH (Sparrow c.s./Van Beukering) waarin de door Sparrow c.s. gevorderde vergoeding van de herstelkosten wordt aangemerkt als een vordering tot vervangende schadevergoeding in de zin van art. 6:87. Zie voorts Haas 2005, p. 437 en p. 445, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 198, De Vries 1997, p. 104. Krans 1999, p. 37 spreekt in dit verband van schade aan de prestatie zelf. Anders: Streefkerk 2004, p. 19-20 die ten onrechte stelt dat de vordering tot herstel géén gewone nakomingsvordering betreft, maar aanneemt dat zij een afzonderlijke, bijzondere remedie is voor een ondeugdelijk verrichte prestatie. Nu herstel

goeding dus de nakoming. Voor het externe subsidiariteitsbeginsel is deze constatering van groot belang. Aldus blijkt namelijk dat nakoming en vervangende schadevergoeding hetzelfde nadeel beogen op te heffen, en wel: het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming zelf. Ontbinding, nakoming en vervangende schadevergoeding staan daarmee dus op één lijn: het betreffen alle hoofdremedies. Dit betekent dat nakoming voor vervangende schadevergoeding, evenals voor ontbinding, een minder vergaand alternatief kan opleveren. Daarmee treedt het externe subsidiariteitsbeginsel dus in werking. Dit brengt immers mee dat als een minder vergaande remedie, de nakoming, het aangetaste belang evengoed kan behartigen, de verderstrekkende remedie, de vervangende schadevergoeding, hieraan subsidiair is. Deze gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel wordt bewerkstelligd door het verzuimvereiste van het tweede lid van art. 6:74: wanneer nakoming niet blijvend onmogelijk is, moet de schuldenaar eerst in verzuim zijn. Art. 6:82 lid 1 brengt dan in de regel mee dat hem via een ingebrekestelling een kans tot nakoming moet worden geboden. Pas als hij deze kans onbenut laat, geraakt hij in verzuim en kan de schuldeiser overgaan tot het vorderen van vervangende schadevergoeding. De eis van verzuim zorgt er dus voor dat de vervangende schadevergoeding subsidiair is aan de nakoming.⁶

geen nakoming van de oorspronkelijke verbintenis is, kan de vergoeding van de door de schuldeiser gemaakte kosten van herstel in zijn visie niet worden aangemerkt als de nakoming vervangende schadevergoeding, maar betreft zij vergoeding van bijkomende schade. De keuze tussen herstel of vergoeding van herstelkosten wordt naar zijn mening evenwel beperkt door de gehoudenheid van de schuldeiser tot schadebeperking. Zo zal de herstelactie volgens hem vaak schadebeperkend zijn ten opzichte van de vordering tot (aanvullende) schadevergoeding, zodat de schuldeiser in de regel gehouden is de schuldenaar eerst de gelegenheid tot herstel te bieden, omdat dat voor de schuldenaar vaak voordeliger is dan het vergoeden van kosten van herstel door een derde gemaakt. Naar zijn mening kan de redelijkheid en billijkheid op deze gehoudenheid wel weer uitzonderingen maken. In vergelijkbare zin: Van Bijnen 2005, p. 249-256 en p. 263-265. Anders: De Jong 2005, p. 294 die van mening is dat herstel slechts gelijkgesteld kan worden met nakoming wanneer de niet-nakoming in feite ligt in de sfeer van 'vertraging'.

- 6 Aldus ook Asser-Hartkamp I 2004, nr. 356; Smits 2000, p. 134 die beide eveneens stellen dat de vervangende schadevergoeding subsidiair is aan nakoming. Door Chao-Durvis 2004, p. 943-944 is overigens bepleit dat de teleurgestelde schuldeiser onmiddellijk vervangende schadevergoeding moet kunnen vorderen, zonder dat verzuim en een ingebrekestelling daartoe nodig zijn. In vergelijkbare zin Van Schaick 2004, p. 447 e.v. die bepleit de regel uit het arrest van HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 m.nt. PAS (Van der Meer/Beter Wonen), te weten het van rechtswege intreden van het verzuim als de huurder bij het einde van de huurovereenkomst het gehuurde niet in goede staat oplevert, ook toe te passen bij de beëindiging van andere overeenkomsten die tot tijdelijk houderschap van een zaak leiden (zoals bewaarneming) alsmede bij afleveringsverplichtingen (zoals koop of schenking). Dit betekent dat de schuldeiser in zijn visie gebreken in de afgeleverde zaak onmiddellijk kan laten herstellen en de herstelkosten op de tekortschietende schuldenaar kan verhalen; kort gezegd, kan volgens Van Schaick in die gevallen dus onmiddellijk vervangende schadevergoeding gevorderd worden. Onredelijke resultaten waartoe deze regel kan leiden, kunnen z.i. worden ondervangen door de klachtplicht van de schuldeiser (art. 6:89/7:23) en de toepassing van art. 3:299 (rechterlijke machtiging). Vgl. ook A-G Huydecoper in zijn conclusie voor het arrest van HR 24 juni 2005, *JOL* 2005, 385 die – meer in het algemeen – van mening lijkt te zijn dat (gelet op de huidige ontwikkelingen) als hoofdregel geldt dat aansprakelijkheid zonder ingebrekestelling intreedt. Dit doet bij hem dan ook de vraag rijzen of niet zou moeten worden overwogen, de thans geldende wettelijke (verzuim)regeling te herzien en te kiezen voor wat hij het spiegelbeeld daarvan zou noemen;

Op deze subsidiariteits(hoofd)regel bestaan evenwel uitzonderingen. Nu de verzuimregeling 'algemeen' (voor schadevergoeding én voor ontbinding) van toepassing is, lopen de uitzonderingen volledig parallel aan de uitzonderingen zoals die bestaan op de regel dat de ontbinding subsidiair is aan de nakoming. Wanneer men in ogenschouw neemt dat de vervangende schadevergoeding en de ontbinding beide verderstrekkende (hoofd)remedies zijn dan de (hoofd)remedie van nakoming, is deze overeenkomstige gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel alleszins logisch. Alleen wat betreft de uitzondering bestaande uit de tijdelijke onmogelijkheid van nakoming lijkt verschil te bestaan. Zo is volgens het tweede lid van art. 6:74 verzuim slechts vereist 'voor zover nakoming niet reeds *blijvend* onmogelijk is' (cursivering, *MMS*). Dit betekent dat als nakoming *tijdelijk* onmogelijk is, de schuldenaar eerst in verzuim moet zijn alvorens vervangende schadevergoeding kan worden gevorderd. Hiermee wordt afgeweken van hetgeen geldt voor de vergelijkbare hoofdremedie ontbinding. Volgens het tweede lid van art. 6:265 is verzuim immers nodig 'voor zover nakoming niet blijvend *of tijdelijk* onmogelijk is' (cursivering, *MMS*). Kort gezegd, is dus ingeval van tijdelijke onmogelijkheid van nakoming voor vervangende schadevergoeding wél, en voor ontbinding géén verzuim vereist. Vanuit het externe subsidiariteitsbeginsel beschouwd, is dit eigenaardig. Immers, gedurende de (tijdelijke) periode waarin nakoming onmogelijk is, kan zij het geschonden belang van de schuldeiser niet (evengoed) behartigen. Naast het feit dat het externe subsidiariteitsbeginsel zelf dus reeds meebrengt dat de nakomingsremedie niet eerst hoeft te worden uitgeoefend, valt dit verschil in toepassing van het beginsel bovendien niet te rijmen met de omstandigheid dat de ontbinding en de vervangende schadevergoeding beide hoofdremedies zijn.

Terecht brengt het tweede lid van art. 6:82 dan ook mee dat de werking van het externe subsidiariteitsbeginsel in geval van tijdelijke onmogelijkheid van nakoming bij vervangende schadevergoeding wordt doorbroken. Volgens deze bepaling kan in geval van tijdelijke onmogelijkheid van nakoming namelijk worden volstaan met een ingebrekestelling die de mededeling bevat dat de schuldenaar voor het uitblijven van nakoming aansprakelijk wordt gesteld. Een aanmaning tot nakoming en een termijn daarvoor zijn dan dus niet nodig; een aansprakelijkstelling volstaat.⁷ Dat het externe

ingebrekestelling is (alleen) nodig wanneer het een verplichting betreft waarvoor geen bepaalde termijn geldt; én wanneer de redelijkheid vergt dat de debiteur een faire kans wordt geboden om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen. Vgl. ook zijn conclusie voor HR 7 april 2006, *RvdW* 2006, 374

7 In HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 458 m.nt. JH (Caribbean Bistros/Club Caraïbeën) is aanvaard dat ingeval de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen, bijvoorbeeld wegens financiële betalingsproblemen, zelfs een voorafgaande aansprakelijkstelling onder omstandigheden niet gevegd kan worden van de schuldeiser. Voorts wordt algemeen aangenomen dat wanneer de schuldeiser bij tijdelijke onmogelijkheid náást ontbinding tevens *aanvullende* schadevergoeding wenst, hij de schuldenaar daartoe niet afzonderlijk via een aansprakelijkstelling in verzuim hoeft te brengen. Verbindenissenrecht (Wissink), art. 82, aant. 47 en Verbindenissenrecht (Hartlief), art. 277, aant. 6 met nadere literatuurverwijzingen. De gedachte daarachter is dat de schuldenaar door de ontbindingsverklaring reeds gewaarschuwd wordt dat het de schuldeiser ernst is, zodat de aansprakelijkstelling (terecht) niet meer nodig is.

subsidiariteitsbeginsel bij de vervangende schadevergoeding in geval van tijdelijke onmogelijkheid zou gelden, is bij nader inzien dus slechts schijn. Het resultaat is voor ontbinding en vervangende schadevergoeding derhalve gelijklopend: wanneer de schuldenaar tijdelijk niet kan presteren, kan direct worden ontbonden of kan direct vervangende schadevergoeding worden gevorderd.⁸

Overigens kan over de duur van de tijdelijke onmogelijkheid nog het volgende worden opgemerkt. Evenals bij de ontbinding, valt ook voor de vervangende schadevergoeding in de toelichtende stukken te lezen dat een zeer kortdurende tijdelijke onmogelijkheid van nakoming of een vertraging van ondergeschikt belang ertoe kan leiden dat de vervangende schadevergoeding niet door de beugel kan. Daartoe wordt gesteld dat uitoefening ervan in dat geval zal afketsen op het tweede lid van art. 6:87.⁹ Dit artikellid bepaalt dat het vorderen van vervangende schadevergoeding (middels een omzettingsverklaring) niet mogelijk is als zij door de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd. Nu de vervangende schadevergoeding beoogt de tekortkoming weg te nemen, brengt deze bepaling mee dat het te dienen belang (de tekortkoming) dient op te wegen tegen de nadelige gevolgen ervan voor de schuldenaar. Daarmee wordt dus duidelijk dat het tweede lid valt terug te voeren op (een toetsing aan) het proportionaliteitsbeginsel. Het onredelijke gevolg waartoe de afwezigheid van het subsidiariteitsbeginsel bij een zeer kortdurende tijdelijke onmogelijkheid (art. 6:82 lid 2) zou leiden, kan in de visie van de wetgever derhalve worden ondervangen door het proportionaliteitsbeginsel. Zoals ik ook bij ontbinding heb bepleit, is het volgens mij evenwel zuiverder om te menen dat het bij een zeer kortdurende tijdelijke onmogelijkheid in feite gaat om de situatie waarin nakoming 'gewoon' direct mogelijk is. Zo zal doorgaans ook wanneer nakoming meteen mogelijk is enige tijd verstrijken tussen het moment waarop de tekortkoming is geconstateerd en het moment waarop herstel daarvan mogelijk is, omdat het nu eenmaal wat tijd kost om de prestatie (alsnog) te organiseren. In de kwalificatie dat nakoming 'niet reeds blijvend onmogelijk is', ligt dus in wezen besloten dat het enige tijd kan duren voordat de prestatie feitelijk kan worden verricht. Hetzelfde geldt voor het zogenaamde uitzonderingsgeval waarover de toelichting spreekt: de zeer kortdurende tijdelijke onmogelijkheid. Dit betekent dat het verzuimvereiste van art. 6:74 lid 2 gewoon van toepassing is, zodat het proportionaliteitsbeginsel van art. 6:87 lid 2 niet hoeft te worden ingeroepen om te bewerkstelligen dat de vervangende schadevergoeding bij een dergelijk kortdurende onmogelijkheid subsidiair is aan nakoming.

Voor de overige uitzonderingen die op het externe subsidiariteitsbeginsel bestaan, volsta ik hier met een verwijzing naar het vorige hoofdstuk waarin deze uitzonderingen uitvoerig tegen het licht zijn gehouden in het kader van de bespreking van het verzuimvereiste bij de ontbinding. Aldaar is gebleken dat voor het overgrote deel van de uitzonderingen geldt dat zij besloten liggen in het externe subsidiariteitsbeginsel zelf;

8 Evenzo: De Vries 1997, p. 144

9 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 255; TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 302 en p. 309. Vgl. ook De Vries 1997, p. 86 die stelt dat de periode gedurende welke nakoming (toerekenbaar) onmogelijk is, niet al te kortstondig moet zijn.

slechts in een handjevol gevallen wordt daadwerkelijk afgeweken van hetgeen dit beginsel meebrengt. Voor deze 'ware' uitzonderingen bleken evenwel goede gronden te bestaan, zodat de doorkruising van de regel dat vervangende schadevergoeding subsidiair is aan nakoming ook dan gerechtvaardigd is.

Is het verzuim eenmaal ingetreden dan moet de schuldeiser op grond van art. 6:87 lid 1 zijn schuldenaar een schriftelijke (omzettings)verklaring sturen waarin hij meedeelt schadevergoeding in plaats van nakoming te vorderen. Althans in beginsel. Als nakoming blijvend onmogelijk is (geworden), is een omzettingsverklaring niet (meer) nodig maar wordt de oorspronkelijke verbintenis op grond van art. 6:74 lid 1 van rechtswege vervangen door een schadevergoedingsverbintenis.¹⁰ Doorgaans zal voor vervangende schadevergoeding echter wel een schriftelijke omzettingsverklaring zijn vereist. Art. 6:87 geeft daarmee dus een nadere uitwerking aan art. 6:74. Deze (aanvullende) eis van een schriftelijke omzettingsverklaring is opgenomen om te voorkomen dat er onzekerheid ontstaat over het moment waarop de verbintenis tot nakoming wordt omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding.¹¹ Op het moment dat de verklaring wordt ontvangen door de schuldenaar (art. 3:37 lid 3), is de omzetting in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding een feit en heeft de schuldenaar de mogelijkheid tot nakoming verloren.¹² Spiegelbeeldig geldt dus dat zolang de omzettingsverklaring nog níet is ontvangen, de oorspronkelijke, niet-nagekomen verbintenis nog bestaat. Dit betekent dat de in verzuim verkerende schuldenaar alsnog nakoming van deze verbintenis kan aanbieden, uiteraard aangenomen dat nakoming niet inmiddels (absoluut of relatief) blijvend onmogelijk is geworden.¹³ Zou de schuldeiser dit aanbod moeten accepteren, dan is de vervangende schadevergoeding subsidiair aan de (aangeboden) nakoming. Zoals reeds besproken is bij ontbinding, bepaalt art. 6:86 dat de schuldeiser een aanbod tot nakoming gedaan ná het verzuim slechts kan weigeren, zolang de schuldenaar niet tevens betaling aanbiedt van de inmiddels verschuldigd geworden schade en kosten. Slaat de schuldeiser een met inachtneming van art. 6:86 gedaan aanbod niettemin af dan geraakt hij in schuldeisers-verzuim (art. 6:58).¹⁴ Hierdoor eindigt het verzuim van de schuldenaar (art. 6:61

10 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 301. Zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 262 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 311. Bovendien gaat de wettelijke rente ex art. 6:119 meteen lopen, nu de schuldenaar op grond van art. 6:83 onder b van rechtswege in verzuim geraakt met de betaling van de vervangende schadevergoeding.

11 Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 305, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 198.

12 Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 302 en 305. Heeft de schuldeiser de verbintenis eenmaal omgezet dan kan hij daar in beginsel niet op terugkomen door (alsnog) nakoming of ontbinding te vorderen. In een uitzonderlijk geval kan de redelijkheid en billijkheid anders meebrengen, bijvoorbeeld als de schuldeiser de schuldenaar in de waan heeft gebracht dat nakoming niet of niet binnen afzienbare tijd mogelijk zou zijn. Ook kan de schuldeiser overgaan tot ontbinding als de schuldenaar (wederom) in gebreke blijft, nu met betaling van de vervangende schadevergoeding. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6, p. 1255-1256.

13 Vgl. MvA, Parl. Gesch. Boek 6, p. 307, MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6, p. 1255. Hetzelfde moet kennelijk worden aangenomen als de schuldeiser al heeft medegedeeld geen nakoming meer te wensen, maar zich nog te willen beraden over de vraag of hij voor vervangende schadevergoeding of voor ontbinding opteert. In dat geval kunnen de redelijkheid en billijkheid namelijk aan de zuiveringsmogelijkheid in de weg staan: MvA, Parl. Gesch. Boek 6, p. 307.

14 MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6, p. 1255.

lid 1) en kan de schuldeiser geen vervangende schadevergoeding (meer) vorderen (vgl. art. 6:87 lid 1: omzetting vindt plaats 'wanneer de schuldenaar in verzuim is').¹⁵ Daarmee blijkt dus dat het externe subsidiariteitsbeginsel de vervangende schadevergoeding ook in de periode die is gelegen ná het intreden van het verzuim nog kan beheersen. Art. 6:86 brengt immers mee dat de vervangende schadevergoeding subsidiair is aan nakoming, zij het mét aanvullende schadevergoeding. Kennelijk wordt het belang van de schuldeiser door een combinatie van deze remedies afdoende behartigd zolang hij de verbintenis nog niet heeft omgezet in vervangende schadevergoeding. Dit is terecht. Want mocht de prestatie voor de schuldeiser in een concreet geval van geen of onvoldoende nut meer zijn, dan moet de nakoming (relatief) blijvend onmogelijk worden geoordeeld, zodat zuivering van het verzuim niet (meer) mogelijk is. Dat de nakoming de schuldeiser slechts genoegzaam dient als zij wordt gecombineerd met aanvullende schadevergoeding is eveneens alleszins verklaarbaar. De aanvullende schade komt immers volgens art 6:74 lid 2 jo lid 1 (evenzeer) voor vergoeding in aanmerking vanaf het moment dat het verzuim is ingetreden.¹⁶ Vanuit subsidiariteitsoogpunt betekent dit dus dat het nadeel van de schuldeiser slechts afdoende wordt weggenomen, als de schuldenaar naast nakoming tevens aanvullende schadevergoeding aanbiedt.¹⁷

Als gezegd, gaat deze gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel slechts op zolang de omzettingsverklaring nog niet is ontvangen door de schuldenaar. Dit betekent dat de schuldeiser de werking van art. 6:86, en daarmee van het externe subsidiariteitsbeginsel, heel gemakkelijk de pas kan afsnijden. Hij kan namelijk de ingebrekestelling combineren met de (voorwaardelijke) verklaring dat de omzetting in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding intreedt zodra de gestelde termijn voor nakoming vruchteloos is verstreken.¹⁸ Door de combinatie van de ingebrekestelling met de omzettingsverklaring kan de schuldeiser op het moment dat het verzuim intreedt dus meteen vervangende schadevergoeding vorderen. Evenzeer zou het inroepen van het externe subsidiariteitsbeginsel door de schuldenaar verhinderd kunnen worden door tegelijk met de ingebrekestelling een dagvaarding uit te brengen waarin voorwaardelijk

15 Wel moet de schuldenaar de schade en de kosten die de schuldeiser gedurende het verzuim heeft geleden, vergoeden: MvA, Parl. Gesch. Boek 6, p. 285-286; MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6, p. 1255

16 Vergoeding van bijkomende schade (denk aan de besmetting van de veestapel van de schuldeiser doordat een zieke koe is geleverd) is zelfs al vóór het intreden van het verzuim verschuldigd. Voor deze schadepost is het verzuimvereiste van art. 6:74 lid 2 namelijk niet van toepassing. Zie nader: § 4.3.1

17 Zie over het exacte tijdstip waarop het verzuim door de nakoming met aanvullende schadevergoeding wordt beëindigd: Feenstra 1994, p. 79 e.v.; P-G Hartkamp in zijn conclusie voor HR 20 december 2002, *JOL* 2002, 708 en Stolp 2006, p. 109-118

18 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 301 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 305 en 306, Asser-Hartkamp I 2004, nr. 377; De Jong 2006, nr. 22 en 30; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 191 en 198; De Vries 1997, p. 106-107. Ook bij ontbinding kan een zuiveringsaanbod worden voorkomen door een combinatie van de ingebrekestelling en de ontbindingsverklaring of dagvaarding: zie nader § 5.3. Als een ingebrekestelling niet is vereist omdat een termijn als bedoeld in art. 6:83 sub a is afgesproken, dan kan de schuldeiser vóór het verstrijken van die termijn een (voorwaardelijke) omzettingsverklaring uitbrengen. Ook dan wordt de verbintenis omgezet op het moment dat de termijn is verstreken en het verzuim van rechtswege is ingetreden.

vervangende schadevergoeding gevorderd wordt. De omzetting ligt dan in de (voorwaardelijke) dagvaarding besloten.¹⁹ Omdat ook in dat geval de omzetting van de verbintenis een feit is op het moment dat het verzuim intreedt,²⁰ kan voorkomen worden dat het externe subsidiariteitsbeginsel van invloed blijft. Aldus blijkt dat de schuldeiser de mogelijkheid tot zuivering van het verzuim 'bij voorbaat' kan uitsluiten, zodat hij met het intreden van het verzuim direct kan overgaan tot het vorderen van vervangende schadevergoeding. Het enige wat hieraan nog in de weg kan staan is het tweede lid van art. 6:87 dat bepaalt dat geen omzetting in een vervangende schadevergoedingsverbintenis plaatsvindt 'die door de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd.' In hoeverre deze bepaling meebrengt dat de wijze van uitoefening van de remedie getoetst moet worden aan het interne subsidiariteitsbeginsel en in hoeverre art. 6:87 lid 2 vereist dat op grond van het proportionaliteitstoetsing moet worden nagegaan of met uitoefening van de remedie een onevenredig zware inbreuk wordt gemaakt op het belang van de schuldenaar, komt verderop aan de orde.²¹

Voor nu kan geconcludeerd worden dat de schuldeiser die in reactie op een tekortkoming de remedie van vervangende schadevergoeding wenst uit te oefenen, in de regel hiertoe pas kan overgaan als hij eerst de minder vergaande weg van nakoming heeft bewandeld. Pas wanneer de nakoming hem niet heeft kunnen baten en de schuldenaar in verzuim geraakt, kan hij middels een omzettingsverklaring vervangende schadevergoeding vorderen. Zolang de in verzuim verkerende schuldenaar de omzettingsverklaring nog niet heeft ontvangen, kan het externe subsidiariteitsbeginsel evenwel nog steeds van invloed zijn. In de periode gelegen tussen het verzuim en de omzetting, is de vervangende schadevergoeding echter 'slechts' subsidair aan nakoming als zij wordt gecombineerd met aanvullende schadevergoeding. Geconstateerd kan derhalve worden dat het externe subsidiariteitsbeginsel, evenals bij ontbinding, tot uitdrukking komt in het verzuimvereiste en de daaraan gekoppelde mogelijkheid tot zuivering van het verzuim.

Wanneer niet wordt voldaan aan het verzuimvereiste betekent dit dat de (gekozen) remedie niet uitgeoefend kan worden. Heeft de schuldeiser derhalve nagelaten zijn schuldenaar via een ingebrekestelling een kans tot nakoming te bieden, terwijl nakoming nog gewoon mogelijk was, dan kan hij géén vervangende schadevergoeding vorderen. Dit heeft tot gevolg dat 'teruggevallen wordt' op de nakomingsremedie: de schuldeiser zal de schuldenaar alsnog een kans tot nakoming moeten bieden. Mocht de schuldenaar, binnen de gestelde termijn, nog steeds niet (correct) nakomen, dan kan de schuldeiser wél overgaan tot het vorderen van vervangende schadevergoeding. Dit stelsel kan voor de schuldeiser evenwel nadelig uitpakken wanneer de vervangende schadevergoeding bestaat uit vergoeding van de inmiddels reeds door hem gemaakte kosten van de prestatie. In dat geval zal het alsnog bieden van een kans tot nakoming voor de schuldeiser immers volledig nutteloos zijn, nu hij zelf al heeft gezorgd voor

19 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 377, De Vries 1997, p. 105.

20 Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 288, Asser-Hartkamp I 2004, nr. 362

21 Zie voor de interne subsidiariteitstoetsing § 7.2 en voor de proportionaliteitstoetsing § 10.2.

het verkrijgen van de prestatie. Wanneer de schuldeiser dus heeft nagelaten zijn wederpartij door ingebrekestelling in verzuim te brengen, blijft hij geheel zitten met de kosten die hij voor de nakoming heeft gemaakt. Deze situatie heeft zich voorgedaan in de rechtspraak in een geval waarin een deel van de dakbedekking van een bedrijfshal was losgewaaid doordat de aannemer nagelaten had deze dakbedekking (voldoende) vast te zetten aan de onderliggende isolatiepanelen. De schuldeiser heeft het dak vervolgens laten herstellen door een derde. In rechte wordt vergoeding gevorderd van de hiermee gemoeide kosten. De schuldenaar beriep zich terecht op schending van art. 6:74 lid 2: hij was niet in verzuim komen te verkeren nu de schuldeiser hem niet in gebreke had gesteld. Het hof oordeelde dat een redelijke, op het stelsel van de ingebrekestelling afgestemde, uitleg meebrengt dat de gevolgen van het ontbreken van een ingebrekestelling niet verder moeten ingrijpen dan nodig is. Dit brengt volgens het hof mee dat de schuldenaar die herstelkosten moet vergoeden die hij zelf zou hebben gemaakt als hij wél in gebreke was gesteld. Om het bedrag van die kosten te kunnen vaststellen werd de schuldenaar door het hof in de gelegenheid gesteld om bewijs te leveren van de hoogte van het bedrag dat hij nodig gehad zou hebben.²²

Anders dan op het eerste gezicht wellicht lijkt, heeft het hof het externe subsidiariteitsbeginsel niet volledig veronachtzaamd. Het hof komt namelijk tot een resultaat dat gelijk is aan het resultaat dat wordt bereikt als de schuldeiser het externe subsidiariteitsbeginsel (door het uitbrengen van een ingebrekestelling) wel in acht zou hebben genomen. Met het belang van de schuldenaar wordt dus afdoende rekening gehouden, terwijl anderzijds de schuldeiser evenmin onnodig zwaar in zijn belang wordt getroffen. Desondanks meen ik dat 's hofs arrest géén algemene toepassing moet vinden,²³ in die zin dat (voortaan) als regel zou hebben te gelden dat wanneer de schuldeiser zelf direct is overgegaan tot het verkrijgen van de (correcte) prestatie zonder eerst zijn schuldenaar (via een ingebrekestelling) in verzuim te hebben gebracht, telkens zou moeten worden nagegaan in hoeverre deze (nakomings)kosten door de schuldenaar

22 Hof Arnhem 18 september 2001, *NJ* 2002, 304 (Royal & Sun Alliance Schadeverzekering NV/EMS-Holland BV). Tot bewijsoverleging is het evenwel niet gekomen omdat partijen de zaak hebben geschikt.

23 Instemmend met 's hofs arrest evenwel Janssen en Van Rossum 2004, p. 69; Van den Berg 2003, p. 356. Anders: De Jong 2005, p. 294-295 die in dit geval de voorkeur lijkt te hebben voor een veroordeling tot volledige schadevergoeding. Vgl. overigens Streefkerk 2004, p. 11, wiens (van het huidige recht afwijkende) opvatting tot eenzelfde resultaat leidt. In de zienswijze van Streefkerk is de vordering tot vergoeding van herstelkosten géén vervangende schadevergoeding, maar vergoeding van bijkomende schade. Zo is herstel volgens hem geen gewone nakomingsvordering, zodat vergoeding van herstelkosten geen 'de nakoming vervangende schadevergoeding' betreft. Echter, gelet op de gehoudenheid van de schuldeiser tot schadebeperking moet hij volgens Streefkerk de schuldenaar meestal eerst een kans tot herstel bieden alvorens hij kosten van herstel zal kunnen maken en vorderen. Schiet de schuldeiser hierin tekort, dan verspeelt hij daarmee niet zijn recht op vergoeding van de herstelkosten, aldus Streefkerk, maar wordt de hoogte van de schadevergoeding via art. 6:101 (eigen schuld) beperkt tot de herstelkosten die de schuldenaar zou hebben gemaakt. In vergelijkbare zin: Van Bijnen 2005, p. 263-265. Zie voorts Wissink 2003, p. 89 e.v. die betoogt dat het resultaat van het arrest ook kan worden bereikt via het spoor van de ongerechtvaardigde verrijking. Dit heeft z.i. tot voordeel dat het de discussie ecarteert over de vraag of het begrip tekortkoming mede het verzuim omvat.

gemaakt zouden zijn als het verzuimvereiste wel in acht zou zijn genomen en de schuldenaar een kans op nakoming had gehad. Een zo algemene toepassing van het arrest zet naar mijn mening (te veel) de bijl aan het wettelijk systeem waarin – in overeenstemming met het externe subsidiariteitsbeginsel – tot uitgangspunt is genomen dat zolang nakoming mogelijk is, de schuldeiser pas recht heeft op vervangende schadevergoeding indien hij eerst de minder vergaande nakomingsroute heeft bewandeld. Zou nu de schuldeiser steeds tegemoet gekomen worden wanneer hij deze route niet heeft bewandeld, dan lijkt uitholling van het verzuim- annex ingebrekestellingsvereiste niet ondenkbeeldig. Ik acht het daarom juist om vast te houden aan dit vereiste, mede gezien het feit dat daarop in de wet en jurisprudentie met het oog op het belang van de schuldeiser voldoende uitzonderingen worden aanvaard.

Voor de remedie van *aanvullende* schadevergoeding ligt het vorenstaande volkomen anders. Zoals hieronder zal blijken heeft de gelding van het verzuimvereiste bij deze schadevergoedingsremedie helemaal niets van doen met het externe subsidiariteitsbeginsel.

4.3 De verhouding van *aanvullende* schadevergoeding tot nakoming

In de inleiding van dit hoofdstuk werd het al gesteld: vervangende schadevergoeding en aanvullende schadevergoeding zijn gericht op de behartiging van verschillende belangen. Zo ziet de aanvullende schadevergoeding niet op het opheffen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming zelf, maar is zij gericht op het opheffen van nadeel dat een stap(je) verder ligt. Het gaat dan immers om het delgen van schade die het gevolg of het resultaat is van de tekortkoming. In het voorbeeld van de geleverde zieke koe die de veestapel van de koper besmet, betreft de aanvullende schade, het nadeel dat de koper lijdt omdat hij niet tijdig over de melkopbrengst van de koe kan beschikken (vertragingsschade), en het nadeel dat bestaat uit de besmetting van zijn veestapel (bijkomende schade). Deze ‘vormen’ van nadeel omvatten dus niet de tekortkoming als zodanig (de geleverde zieke koe), maar behelzen – een slag verder – een voortvloeiende daarvan. Nu de hoofdremedies ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming ‘enkel’ zien op het wegnemen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming, kunnen zij voor de geleden aanvullende schade geen remedie zijn. De vertragingsschade en de bijkomende schade kunnen kortom louter door de aanvullende schadevergoedingsremedie worden opgeheven. Voor de verhouding van de aanvullende schadevergoeding tot de nakoming betekent dit dat het externe subsidiariteitsbeginsel daarop nimmer van toepassing is. Nakoming kan het geschonden belang van de schuldeiser immers niet evengoed dienen als de aanvullende schadevergoeding. Anders gezegd: de nakoming vormt geen alternatief voor de aanvullende schadevergoeding. Vandaar dat de remedies ook tegelijkertijd kunnen worden uitgeoefend: de nakoming voor (het nadeel dat bestaat uit) de tekortkoming zelf en de aanvullende schadevergoeding voor de schade die het gevolg is van de tekortkoming. Aangezien de vervangende schadevergoeding op hetzelfde niveau staat als de nakoming wordt

daarmee tevens duidelijk dat het externe subsidiariteitsbeginsel ook in de verhouding tussen de vervangende en de aanvullende schadevergoeding toepassing mist

Nu de aanvullende schadevergoeding dus nimmer subsidiair is aan nakoming, zou het verzuimvereiste van art 6:74 lid 2, op grond waarvan éérst een mogelijkheid tot nakoming moet worden geboden, hier niet van toepassing moeten zijn. In het tweede lid van art 6:74 wordt evenwel geen onderscheid gemaakt tussen de vervangende en de aanvullende schadevergoedingsremedie. Algemeen stelt de wet voor schadeplichtigheid van de schuldenaar de eis van verzuim. Dit brengt mee dat het verzuimvereiste óók geldt voor de remedie van aanvullende schadevergoeding als nakoming niet blijvend onmogelijk is, moet de schuldeiser alvorens hij aanvullende schadevergoeding kan vorderen, zijn schuldenaar in de regel een termijn voor nakoming bieden. Pas als deze termijn tevergeefs is gebleken, kan de aanvullende schadevergoedingsremedie worden uitgeoefend. Nu deze verzuimeis voor de aanvullende schadevergoeding niet kan zijn ingegeven door het externe subsidiariteitsbeginsel, rijst de vraag welke overweging daaraan dan ten grondslag ligt.

Om tot een zuivere beantwoording van deze vraag te komen, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende soorten aanvullende schade. Voorafgaand verzuim is namelijk enkel vereist als het gaat om vertragingschade, bij bijkomende schade doet zich een uitzondering voor en is de eis van verzuim nimmer van toepassing.

4.3.1 Vergoeding van bijkomende schade

Volgens het tweede lid van art 6:74 is verzuim slechts vereist als nakoming niet blijvend onmogelijk is. Anders gezegd, slechts wanneer de prestatie nog kan worden verricht, moet de schuldenaar eerst een kans op nakoming worden gegund. Wanneer er nu bijkomende schade is geleden, is de nakoming absoluut gezien misschien nog wel mogelijk, maar is zij volstrekt nutteloos voor de schuldeiser voor zover hij bijkomende schade heeft geleden. Het voorbeeld van de koper die een zieke koe geleverd heeft gekregen, kan dit verduidelijken. De schade van de koper die bestaat uit de besmetting van zijn veestapel (de bijkomende schade) kan in geen enkel opzicht worden beperkt of weggenomen wanneer de schuldenaar alsnog een gezonde koe levert (nakoming). De nakoming heeft dus in het geheel geen invloed op de geleden schade en is in zoverre dus blijvend onmogelijk. Hoewel anderzijds de levering van een gezonde koe (nakoming) nog wel mogelijk is, geldt ingeval van bijkomende schade niettemin dat nakoming als blijvend onmogelijk moet worden aangemerkt.²⁴ Hiertoe wordt algemeen aangenomen, zo bleek reeds in het vorige hoofdstuk, dat er náást de hoofdbinten (het leveren van een gezonde koe) nog een verbintenis bestaat,

24 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 258 (Kinheim/Pelders), Asser-Hartkamp I 2004, nr 359, Streefkerk 2004, p. 3, Chao-Duvis 2004, p. 938, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr 203, De Vries 1997, p. 75-77. Vgl. ook TM, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 254, 258, 262 en *MvA II*, *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 306.

een nevenverbintenis. Deze nevenverbintenis heeft als inhoud dat de schuldenaar bij het uitvoeren van de hoofdverbintenis geen schade mag toebrengen aan zijn schuldeiser.²⁵ Wordt nu toch schade veroorzaakt (besmetting van het vee van de koper) dan is nakoming van deze nevenverbintenis blijvend onmogelijk, zodat de schuldeiser krachtens art. 6:74 lid 2 de schuldenaar niet eerst in verzuim hoeft te brengen, maar meteen kan overgaan tot het vorderen van vergoeding van de bijkomende schade.²⁶ Het externe subsidiariteitsbeginsel is daarmee dus uitgeschakeld.

De nevenverbintenisconstructie heb ik evenwel verworpen.²⁷ Hantering van deze constructie bij de schadevergoedingsremedie heeft voor de ontbindingsremedie namelijk tot gevolg dat het externe subsidiariteitsbeginsel ook daar zonder meer opzij wordt gezet ingeval van bijkomende schade. Dit komt echter in strijd met de ratio van de ontbinding. Zo vormt ontbinding voor geleden bijkomende schade geen remedie. Dit heeft te maken met het feit dat zij een hoofdremedie is en dus louter ziet op het opheffen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming zelf. Bijkomende schade kan derhalve nimmer grondslag voor ontbinding zijn en kan als zodanig het externe subsidiariteitsbeginsel bij ontbinding ook niet klakkeloos uitschakelen.²⁸

Bijkomende schade vormt daarentegen wél een grondslag voor de vordering tot aanvullende schadevergoeding. Sterker nog, aanvullende schadevergoeding is de enige remedie waardoor bijkomende schade wordt weggenomen. Anders dan bij de ontbindingsremedie, komt het bij aanvullende schadevergoedingsremedie dus wel volledig neer op de vraag of de minder vergaande nakoming de bijkomende schade kan vereffenen (de externe subsidiariteitsvraag). Nu het door de bijkomende schade getroffen belang in geen enkel opzicht door de nakoming kan worden gediend, is het externe subsidiariteitsbeginsel niet van toepassing. Daarom geldt – in plaats van de nevenverbintenisconstructie – het volgende.

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat bij het verzuimvereiste in het kader van de vraag of nakoming blijvend onmogelijk is een belangenafweging moet worden gemaakt. Slechts als de nakoming absoluut gesproken onmogelijk is, zoals bijvoorbeeld in het geval dat de te leveren (unieke) Chinese vaas in scherven ligt, kan een dergelijke afweging achterwege blijven; nakoming is dan sowieso onmogelijk. Maar er kan ook sprake zijn van relatieve onmogelijkheid van nakoming. Dit doet zich voor als het

25 Krans 1999, p. 37-38 spreekt in dit verband van een tekortkoming die bestaat uit overtreding van een protectienorm die beoogt het ontstaan van schade in het overige vermogen van de schuldeiser of diens persoon te voorkomen.

26 Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 258 en zie in plaats van velen: Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 203.

27 Zie § 3.3.3. Het aannemen van de nevenverbintenis wordt ook van de hand gewezen door De Jong 2006, nrs. 11.1 en 11.2; Feenstra 1998a, p. 734-737; Van Swaaij 1998, p. 346; Menu en Van Erp 1991, p. 665 en door Streefkerk 2004, p. 22-23, zij het op verschillende gronden. Over de wijze waarop de bijkomende schade dan wel in de wet moet worden ingepast, bestaat tussen deze schrijvers overigens verschil van opvatting.

28 Wel kan de bijkomende schade een factor zijn bij de invulling van het externe subsidiariteitsbeginsel. Zo kan het zijn dat de bijkomende schade van een dermate grote omvang is en een dusdanige impact heeft dat alsnog nakoming voor de schuldeiser volledig 'in het niet' komt te vallen en de nakoming daarom als (relatief) blijvend onmogelijk moet worden aangemerkt, zie § 3.3.3.

belang van de schuldenaar de nakoming verhindert vanwege de onevenredig grote offers die dit voor hem meebrengt²⁹ Evenzo kan het belang van de schuldeiser zich tegen nakoming verzetten en wel wanneer de nakoming zijn geschonden belang niet, of niet afdoende, kan behartigen³⁰ Gaat het nu om bijkomende schade dan is nakoming absoluut gezien wellicht nog wel mogelijk, maar moet zij niettemin blijvend onmogelijk worden geoordeeld gelet op het belang van de schuldeiser Zijn bijkomende schade kan immers in geen enkel opzicht worden weggenomen door de nakoming, de nakoming vormt voor hem geen alternatief voor de aanvullende schadevergoeding Dit betekent dat het verzuimvereiste van art 6:74 lid 2, en daarmee het externe subsidiariteitsbeginsel, niet van toepassing is en de schuldeiser op grond van art 6:74 lid 1 steeds onmiddellijk vergoeding van de geleden bijkomende schade kan vorderen

Voor de andere soort van aanvullende schade, de vertragingsschade, is het verzuimvereiste daarentegen wél gewoon van toepassing, vóórdat daarvan vergoeding kan worden gevorderd, moet eerst een termijn voor nakoming worden geboden (art 6:74 lid 2 jo art 6:82 lid 1) In het licht van het vorenstaande wekt dit wellicht bevreemding Zo zou ook hier gesteld kunnen worden dat de nakomingsremedie de geleden vertragingsschade niet kan 'helen' en wel omdat ook dit nadeel een *gevolg* is van de tekortkoming en de nakoming louter het nadeel wegneemt dat bestaat uit de tekortkoming als zodanig In het voorbeeld van de geleverde zieke koe zal de koper met de schade blijven zitten die hij lijdt als gevolg van het feit dat hij niet (tijdig) kan beschikken over de melkopbrengst van de koe, ook al wordt later alsnog een gezonde koe geleverd Aldus zou men kunnen menen dat nakoming, evenals bij bijkomende schade, (relatief) blijvend onmogelijk geoordeeld zou moeten worden gelet op het belang van de schuldeiser Dit zou betekenen dat het verzuimvereiste van art 6:74 lid 2 ook bij vertragingsschade nimmer van toepassing zou zijn³¹ Deze redenering gaat evenwel niet op Het verzuimvereiste vervult ten aanzien van vertragingsschade namelijk een onmisbare, specifieke functie De reden voor gelding van de eis van verzuim bij vertragingsschade is niet gelegen in het externe subsidiariteitsbeginsel, maar heeft – zo zal in de volgende paragraaf uiteengezet worden – een andere, praktische achtergrond

4.3.2 Vergoeding van vertragingsschade

Vertragingsschade is de schade die de schuldeiser lijdt ten gevolge van een toerekenbare vertraging in de nakoming Om evenwel te kunnen spreken van *vertraging* moet vaststaan tot op welk moment de schuldenaar uiterlijk kan presteren Staat er voor de nakoming géén tijdstip vast, dan kan niet gesproken worden van vertraging als de schuldenaar op een zeker moment 'uit zichzelf' besluit na te komen, maar hij slechts

29 In dat geval is de nakoming dus disproportioneel gelet op het belang van de schuldenaar Alsdan vormt de nakoming voor de schuldenaar dus géén *minder vergaand* alternatief

30 In dat geval vormt de nakoming voor de schuldeiser dus geen behoorlijk alternatief

31 Dit werd ook reeds signaleerd door Streefkerk 1986 p. 434

gedeeltelijk of niet behoorlijk presteert.³² Evenmin kan, als een tijdstip (in de overeenkomst) ontbreekt, vertraging worden aangenomen als de schuldenaar nadat enige tijd is verstreken in het geheel nog niet heeft gepresteerd, maar de schuldeiser vindt dat het lang genoeg geduurd heeft.³³ Met andere woorden: als er geen termijn voor nakoming is afgesproken, moet er, wil er althans sprake zijn van vertraging(sschade), alsnog een uiterlijk tijdstip voor nakoming worden vastgesteld.³⁴ Hierin wordt nu voorzien door het verzuimvereiste van art. 6:74 lid 2.³⁵ Immers, dit vereiste brengt in de regel mee dat er een ingebrekestelling met een redelijke termijn voor nakoming moet worden uitgebracht. Pas als het in de ingebrekestelling genoemde tijdstip verstrijkt zonder (correcte) nakoming, is er sprake van vertraging (verzuim).³⁶ De schade die daarvan het gevolg is, kan vervolgens *onmiddellijk* gevorderd worden. Dit impliceert dus dat de vordering tot vergoeding van vertragingsschade niet ondergeschikt is aan de remedie van nakoming, ondanks het feit dat het verzuimvereiste van toepassing is. Op het moment dat de vertragingsschade intreedt, komt het immers direct voor vergoeding in aanmerking. De wet is bovendien consequent: de schuldeiser is volgens art. 6:85 slechts verplicht tot vergoeding van (vertraging)schade over de tijd waarin hij in verzuim is geweest.³⁷ De eventuele schade die de schuldeiser voorafgaand aan het verzuim (de vertraging) stelt te hebben geleden, is immers geen gevolg

32 Vgl. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6, p. 1248

33 Vgl. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6, p. 1248.

34 Dit lijkt te worden miskend door De Jong 2005, p. 288 e.v.

35 Vgl. Streefkerk 2004, p. 6 en p. 8 die meent dat de ratio van de verzuimregeling is gelegen in het op kenbare wijze vaststellen van het omslagpunt vanaf welk moment de schuldenaar aansprakelijk wordt voor het verdere uitblijven van de prestatie. In vergelijkbare zin: Van den Brink 2005, p. 185. Het moge duidelijk zijn dat deze ratio volgens mij alleen opgaat als het gaat om vergoeding van vertragingsschade.

36 Vgl. ook art. 6:81 waaruit volgt dat sprake is van verzuim ingeval van een aan de schuldenaar toe te rekenen vertraging in de nakoming. Evenzo: MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 253.

37 Ingeval tekortgeschoten wordt in de betaling van een geldsom is de vertragingsschade gefixeerd op de wettelijke rente. Art. 6:119 lid 1 bepaalt in dit verband dat de wettelijke rente begint te lopen op het moment dat de schuldenaar in verzuim is. Overigens geldt sinds 1 december 2002 een speciale regeling wanneer tekortgeschoten wordt in de betaling van een geldsom bij een handelstransactie. Zo wordt in het tweede lid van art. 6:119a een uiterlijk tijdstip voor nakoming vastgesteld indien partijen dit niet hebben afgesproken: 30 dagen na ontvangst van de factuur (sub a) of als geen datum van ontvangst van de factuur vaststaat 30 dagen na ontvangst van de prestatie (sub b). Indien deze termijn is verstreken, geraakt de schuldenaar volgens art. 6:119a lid 2 *van rechtswege* in verzuim en is hij op grond van het tweede lid van art. 6:120 de wettelijke rente verschuldigd die gelijk is aan de herfinancieringsrente die door de Europese Centrale Bank is vastgesteld. Deze rente is aanzienlijk hoger dan de normale wettelijke rente. De bijzondere regeling voor handelstransacties is opgesteld ter uitvoering van de Richtlijn 2000/35/EG betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties; zie nader TK 2001-2002, 28-239. Voor het antwoord op de vraag wat geldt in de periode gelegen tussen het einde van de omzettingstermijn van deze richtlijn (8 augustus 2002) en de inwerkingtreding van art. 6:119a en art. 6:120 lid 2 (1 december 2002) kan worden verwezen naar: Hartkamp en Stolp 2003, p. 371-372 en Wissink 2002, p. 553-554. Door De Jong en Wissink is bovendien verdedigd de bijzondere regel van art. 6:119a algemene gelding te geven: De Jong en Wissink 2003, p. 4. Zie uitvoerig over de richtlijn en de inpassing daarvan in het BW de bijdragen in de bundel van Wissink en Van Wechem 2006.

van een vertraging en komt dan ook terecht niet voor vergoeding in aanmerking.³⁸ Daarmee blijkt dus dat het verzuimvereiste bij de remedie van vergoeding van vertragingsschade dient ter vaststelling van een (uiterlijk) tijdstip voor nakoming. Toepassing van art. 6:74 lid 2 is als het gaat om vertragingsschade dus geenszins ingegeven door het externe subsidiariteitsbeginsel.

Nu is verzuim volgens deze bepaling niet vereist als nakoming blijvend onmogelijk is. Ook dit is gezien vanuit de vertragingsschade alleszins verklaarbaar. Immers, indien nakoming absoluut onmogelijk is dan wel wanneer nakoming gelet op het belang van de schuldenaar of dat van de schuldeiser (relatief) onmogelijk is, staat reeds op voorhand vast dat het vaststellen van een uiterlijk tijdstip voor nakoming nutteloos is. Daarmee komt de ratio aan het verzuimvereiste dus te ontvallen zodat het tweede lid van art. 6:74 terecht geen toepassing vindt.

Is nakoming daarentegen tijdelijk onmogelijk, dan is het verzuimvereiste van art. 6:74 lid 2 wél van toepassing. Zoals hiervoor al is aangestipt, bepaalt art. 6:82 lid 2 dat in dat geval een ingebrekestelling in de vorm van een aansprakelijkstelling volstaat. Een termijn voor nakoming hoeft dan dus niet te worden gegund. Bij de vervangende schadevergoeding is gebleken dat de achterliggende gedachte van art. 6:82 lid 2 is de doorbreking van het externe subsidiariteitsbeginsel. Gaat het om vergoeding van vertragingsschade dan is de strekking van art. 6:82 lid 2 evenwel gelegen in het feit dat het van geen enkel nut is om gedurende de tijdelijke onmogelijkheid van nakoming een uiterlijk tijdstip voor nakoming vast te stellen.³⁹ De vertraging staat in dat geval immers al op voorhand vast. Dat dan wel een aansprakelijkstelling moet worden uitgebracht, heeft volgens de parlementaire toelichting op deze bepaling ermee te maken dat de schuldeiser die zich om tijdige nakoming niet heeft bekommerd en zijn prestatie dan ook met vertraging ontvangt, toch nog vertragingsschade zou kunnen vorderen indien hij achteraf bemerkt dat zijn wederpartij toerekenbaar tijdelijk niet heeft kunnen nakomen.⁴⁰ Verderop wordt dit nader toegelicht met de opmerking dat als de aansprakelijkstelling uitblijft, dit in de regel zal impliceren dat de schuldeiser met de nakoming na het eindigen van de onmogelijkheid genoegen neemt.⁴¹ Ten aanzien van de overige uitzonderingen op het verzuimvereiste, waarvoor ik hier volsta met een verwijzing naar het vorige hoofdstuk, kan gesteld worden dat deze zijn terug te voeren op het feit dat alsdan (reeds op voorhand) duidelijk is dat het vaststellen van een uiterlijk tijdstip voor nakoming zinloos is dan wel op de gedachte dat het

38 In afwijking van de heersende leer bepleit Haas 2005, p. 435, 437 en p. 439-441 – m.i. ten onrechte – dat schade die is ontstaan vóórdat het moment van nakoming is verstreken of zelfs maar is vastgesteld (hetgeen hij aanduidt als ‘nakomingschade’), als gevolgschade moet worden aangemerkt zodat het verzuimvereiste daarvoor niet geldt. Als voorbeeld noemt hij de stagnatieschade die is geleden doordat een ondeugdelijke machine is afgeleverd vóórdat de termijn voor nakoming is verstreken.

39 De problematiek aangaande de tijdelijke onmogelijkheid van nakoming doet zich slechts voor bij de vertragingsschade en speelt niet als het gaat om bijkomende schade. Immers, de aard van de laatstgenoemde schadesoort brengt mee dat nakoming dan altijd als *blijvend* onmogelijk moet worden aangemerkt.

40 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 288

41 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6, p. 1249. Vgl. ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 290.

anderszins gerechtvaardigd is dat de gedeeltelijke of ondeugdelijke prestatie meteen recht geeft op vergoeding van schade hoewel strikt genomen geen sprake is van *vertraging*.⁴²

Stel nu dat er voor de nakoming wél een tijdstip is bepaald. Wanneer dit tijdstip verstrijkt zonder dat de schuldenaar (correct) is nagekomen, staat de vertraging vast. Het verzuim- annex ingebrekestellingsvereiste als instrument om een tijdstip in het leven te roepen is dan dus overbodig. Niettemin vereist het tweede lid van art. 6:74 dat het vorderen van schadevergoeding pas mogelijk is als de schuldenaar in verzuim verkeert. Dit zou betekenen dat eerst nog een ingebrekestelling met een termijn voor nakoming moet worden uitgebracht. Daarmee zou, indien partijen een termijn voor nakoming afspreken, de vergoedingsremedie voor vertragingsschade wel subsidiair zijn aan de nakoming. Nu de minder ingrijpende nakoming de geleden vertragingsschade in het geheel niet kan opheffen, komt de achterstelling van de schadevergoedingsremedie in strijd met het externe subsidiariteitsbeginsel. Dit wordt evenwel voorkomen door art. 6:83 sub a. Volgens deze bepaling treedt het verzuim immers van rechtswege in als een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis (correct) is nagekomen. De schuldeiser kan dus ook wanneer er een tijdstip voor nakoming is afgesproken, terstond vergoeding van de geleden vertragingsschade vorderen. Niet alleen de rechtszekerheid die partijen door het afspreken van een termijn wensen te creëren vormt hier dus een rechtvaardiging voor art. 6:83 sub a, wellicht nog belangrijker is dat deze bepaling ingeval van vertragingsschade volledig in overeenstemming is met het externe subsidiariteitsbeginsel.⁴³

Kort en goed betekent het voorgaande dus dat hoewel de verzuimeis bij de vergoeding van vertragingsschade van toepassing is, het externe subsidiariteitsbeginsel daar geen rol speelt; is de vertraging eenmaal vastgesteld (door het verzuim of door een termijn in de overeenkomst) dan kan de schade die daarvan het gevolg is onmiddellijk gevorderd worden. Het bestaan van de minder vergaande nakomingsmogelijkheid doet na het intreden van de vertraging (het verzuim) niet af aan de vordering tot vergoeding van de vertragingsschade.⁴⁴ Deze schadevergoedingsremedie is derhalve niet subsidiair aan nakoming. Bezien vanuit het externe subsidiariteitsbeginsel is dit alleszins gerechtvaardigd, omdat de minder vergaande nakoming de geleden vertragingsschade op geen enkele wijze zal kunnen wegnemen.

42 Bij dit laatste valt bijvoorbeeld te denken aan de situatie waarin de schuldenaar opzettelijk wanprestatie heeft gepleegd, erop speculerend dat de schuldeiser bereid is daarmee genoegen te nemen

43 Zou art. 6:83 sub a niet in de wet zijn opgenomen dan zou de vereiste uitschakeling van het verzuimvereiste en het externe subsidiariteitsbeginsel, bewerkstelligd kunnen worden door aan te nemen dat tijdige nakoming blijvend onmogelijk is. Alsdan zou onmiddellijk een beroep op art. 6:74 lid 1 kunnen worden gedaan

44 Nu aldus blijkt dat de vertragingsschade vanaf het moment van het verzuim voor vergoeding in aanmerking komt, en de bijkomende schade zelfs al daarvoor, wordt tevens duidelijk waarom de (hoofd)remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding na het intreden van het verzuim slechts subsidiair zijn aan de (hoofd)remedie van nakoming als zij gecombineerd wordt met aanvullende schadevergoeding (art. 6:86)

4.4 Mogelijkheden vóór opeisbaarheid (art. 6:80)

Een bepaling die niet in de verzuimregeling is neergelegd, maar waarbij evenzeer de vraag kan rijzen of zij gevolgen heeft voor de gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel, betreft art. 6:80. Op grond van deze bepaling kan een schuldeiser bij een te verwachten niet-nakoming reeds vóór de opeisbaarheid van de verbintenis *direct* overgaan tot het treffen van maatregelen. De betekenis van art. 6:80 zal hieronder per schadepost worden besproken.

a. Schadevergoeding ter vervanging van de prestatie

Bij de (externe subsidiariteits)analyse van de ontbinding is gebleken dat art. 6:80 lid 1 daar géén gevolgen heeft voor de gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel. Rauwelijkse ontbinding bleek in de gevallen genoemd in het eerste lid van art. 6:80 (sub a t/m c) evenzeer mogelijk te zijn ná het tijdstip van opeisbaarheid. Geconcludeerd werd dan ook dat art. 6:80 lid 1 slechts bewerkstelligt dat het tijdstip waarop ontbinding mogelijk is naar voren wordt gehaald, maar dat het geen verschil aanbrengt in 'het rauwelijkse' van de ontbinding.⁴⁵ Afgezien van het feit dat voor het vorderen van voortijdige vervangende schadevergoeding krachtens art. 6:80 lid 1, wel vereist is dat de te verwachten niet-nakoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend (art. 6:74 lid 1), geldt voor de vervangende schadevergoeding hetzelfde als voor de ontbinding.

Immers, wanneer vaststaat dat nakoming (toerekenbaar) onmogelijk is (vgl. art. 6:80 lid 1 sub a), dan kan op grond van art. 6:74 lid 2 jo lid 1 ook na opeisbaarheid direct vervangende schadevergoeding worden gevorderd.⁴⁶ Moet de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar afleiden dat deze zal tekortschieten (vgl. art. 6:80 lid 1 sub b), dan bepaalt art. 6:83 sub c dat het verzuim van rechtswege intreedt, zodat ontvangst van een dergelijke mededeling ook na opeisbaarheid grond geeft voor het (middels een schriftelijke omzettingsverklaring) onmiddellijk vorderen van vervangende schadevergoeding. Tot slot is vervangende schadevergoeding zonder meer mogelijk als de schuldeiser gegronde vrees heeft dat de schuldenaar niet nakomt en de schuldenaar nalaat adequaat te reageren op de vraag of nakoming inderdaad onmogelijk is (vgl. art. 6:80 lid 1 sub c). Ook hier geldt dus dat art. 6:80 lid 1 enkel tot gevolg heeft dat het tijdstip waarop de vervangende schadevergoedingsremedie kan worden uitgeoefend naar voren wordt gehaald; voor de afwezigheid van het externe subsidiariteitsbeginsel maakt art. 6:80 geen verschil.⁴⁷

⁴⁵ Zie § 3.4.

⁴⁶ Zoals in § 4.2 al is besproken, is ingeval van blijvende onmogelijkheid van nakoming een omzettingsverklaring ex art. 6:87 lid 1 ook niet meer nodig, maar wordt de oorspronkelijke verbintenis van rechtswege vervangen door een schadevergoedingsverbintenis: vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 301; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 262.

⁴⁷ Voor een meer uitvoerige analyse van art. 6:80 verwijs ik gemakshalve naar hetgeen is opgemerkt in § 3.4.

b Vergoeding van vertragingsschade

Bij de vergoedingsremedie voor vertragingsschade is het verzuimvereiste weliswaar van toepassing, maar bleek dit niet te zijn ingegeven door het externe subsidiariteitsbeginsel. Nu dit beginsel al niet gold ná opeisbaarheid, zal art. 6:80 voor de periode gelegen vóór de opeisbaarheid hier ook niets kunnen ‘doorbreken’. Het belang van deze bepaling is gelegen in het volgende.

Voor de verschuldigdheid van schadevergoeding wegens vertraging bepaalt het tweede lid van art. 6:80 dat het oorspronkelijke tijdstip van opeisbaarheid blijft gelden. Dit betekent dat als de schuldeiser op grond van art. 6:80 lid 1 voortijdig vergoeding voor vertragingsschade vordert, de berekening van de omvang van de schade wordt afgestemd op het aanvankelijke tijdstip van opeisbaarheid.⁴⁸ Anders gezegd: het tijdstip voor uitoefening van deze remedie wordt wel naar voren gehaald, maar het moment waarop de schade gaat lopen verandert niet. Dat dit juist is, wordt duidelijk wanneer men, zoals in de vorige paragraaf al werd vermeld, bedenkt dat er pas sprake kan zijn van vertraging(sschade) op het moment dat het voor nakoming vastgestelde tijdstip is verstreken. Nu vóórafgaand aan de opeisbaarheid geen vertragingsschade wordt geleden, kan logischerwijze voor die tijdspanne ook geen vergoeding van dergelijke schade worden gevorderd. Aldus wordt duidelijk dat art. 6:80 lid 1 jo lid 2 het de schuldeiser mogelijk maakt om reeds vóór het moment van opeisbaarheid onmiddellijk vergoeding te vorderen van vertragingsschade die ná het moment van opeisbaarheid zal worden geleden. Zo kan bijvoorbeeld de organisator van een pianoconcert vergoeding van de door hem te derven winst direct vorderen wanneer vaststaat dat de pianist (toerekenbaar) niet zal kunnen optreden op de afgesproken datum. Door art. 6:80 lid 1 sub a hoeft de organisator voor het uitoefenen van de vergoedingsremedie dus niet te wachten tot het tijdstip voor het optreden is verstreken, maar kan hij hiertoe onmiddellijk overgaan.

c Vergoeding van bijkomende schade

Anders dan voor vertragingsschade geldt, lijkt het mij daarentegen nauwelijks voorstelbaar dat bijkomende schade ex art. 6:80 lid 1 voor vergoeding in aanmerking kan komen wanneer te verwachten is dat de schuldenaar (toerekenbaar) zal tekortschieten. Dit heeft men te maken met de aard van deze schadesoort. Het gaat hier immers om schade die bij het (ondeugdelijk) uitvoeren van de verbintenis wordt toegebracht aan het vermogen van de schuldeiser (in het veelvuldig genoemde voorbeeld van de geleverde zieke koe betreft het de besmette veestapel van de koper). Nu in de gevallen waarop art. 6:80 lid 1 ziet de schuldenaar (in het geheel) niet heeft gepresteerd, valt niet zonder meer aan te nemen dat gelet op de te verwachten wanprestatie bijkomende schade zal worden geleden. Kort gezegd: dit nadelige gevolg van de te verwachten (toerekenbare) tekortkoming – de bijkomende schade – staat geenszins op voorhand vast, zodat evenmin sprake kan zijn van ‘voortijdige’ vergoeding ex art. 6:80 lid 1.

48 Vgl. voor de begroting van nog niet ingetreden schade ook art. 6:105.

4.5 Het belang van de verschillende schadevergoedingsmogelijkheden

In dit hoofdstuk is gebleken dat van 'de' schadevergoedingsremedie eigenlijk niet gesproken kan worden. Zo is de vervangende schadevergoeding gericht op het wegnemen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming (hoofdremedie), terwijl de aanvullende schadevergoeding de nadelige gevolgen van de tekortkoming beoogt te vereffenen (aanvullende remedie). Dit betekent dat de remedies zelfs tegelijkertijd uitgeoefend kunnen worden. Bovendien kan bij de vergoeding van aanvullende schade onderscheid gemaakt worden tussen vergoeding van bijkomende schade en vergoeding van vertragungsschade. De verschillen tussen de genoemde schadevergoedingsmogelijkheden blijken van beslissende invloed te zijn op de gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel. Want hoewel de wet de eis van verzuim in het algemeen voor schadeplichtigheid stelt, blijkt dit toch niet steeds door externe subsidiariteitsoverwegingen te zijn ingegeven. Gelet op deze complexiteit lijkt een korte samenvatting hier op haar plaats.

Zo bleek uitsluitend de schadevergoeding ter vervanging van de (kosten van de) prestatie beheerst te worden door het externe subsidiariteitsbeginsel. Alléén deze schadevergoedingsremedie is derhalve ondergeschikt aan de nakoming, de aanvullende schadevergoeding is hieraan nimmer achtergesteld. Gelet op het feit dat alleen de vervangende schadevergoeding een hoofdremedie is en dus hetzelfde nadeel beoogt op te heffen als de hoofdremedie van nakoming, is dit, vanuit het externe subsidiariteitsbeginsel beschouwd, alleszins juist. Voor de uitzonderingen die op de subsidiariteit van de remedie van vervangende schadevergoeding bestaan, kan worden aangehaakt bij de uitzonderingen die bestaan op de subsidiariteit van de (hoofd)remedie van ontbinding in verhouding tot die van nakoming. Voorts kan het externe subsidiariteitsbeginsel na het intreden van het verzuim ook bij vervangende schadevergoeding nog van invloed zijn door de mogelijkheid van zuivering van het verzuim.

Voor de aanvullende schadevergoedingsremedie ligt de gelding van het verzuimvereiste gecompliceerder. Zo moet hiertoe in de eerste plaats een onderscheid gemaakt worden tussen bijkomende schade en vertragungsschade. Heeft de schuldeiser bijkomende schade geleden dan is nakoming voor hem in zoverre volstrekt nutteloos dat deze schade door de nakoming in geen enkel opzicht kan worden opgeheven. Daarom doet het externe subsidiariteitsbeginsel zich hier niet gelden. In termen van art. 6:74 lid 2 betekent dit dat nakoming gelet op het belang van de schuldeiser als (relatief) blijvend onmogelijk moet worden aangemerkt. Verzuim is derhalve nimmer vereist, de schuldeiser kan onmiddellijk vergoeding van zijn bijkomende schade vorderen.

Gaat het daarentegen om aanvullende schade die bestaat uit vertragungsschade dan is het verzuimvereiste in de regel wel gewoon van toepassing. Alsdan heeft de eis van verzuim evenwel niet de strekking om de schadevergoeding subsidiair te doen zijn aan de nakoming, maar vervult het een andere, praktische, functie. Zolang niet vaststaat tot op welk moment de schuldenaar uiterlijk kan presteren, kan geen sprake zijn van vertragung(sschade). Het is het verzuimvereiste dat ervoor zorgt dat een dergelijk tijdstip wordt vastgesteld. Presteert de schuldenaar niet (behoorlijk) binnen de in de ingebrekestelling gestelde termijn, dan staat de vertragung vast en kan direct

vergoeding worden gevorderd van de (vertragings)schade die daardoor ontstaat. Met externe subsidiariteitsoverwegingen heeft het verzuimvereiste bij deze schadepost dus niets van doen. Is er daarentegen wel een termijn voor nakoming afgesproken, dan is de vertraging een feit op het moment dat de schuldenaar niet (correct) binnen deze termijn presteert. Het verzuim- annex ingebrekestellingsvereiste als instrument ter vaststelling van een tijdstip, is dan dus onnodig. Omdat nakoming de vertragingsschade niet kan wegnemen, moet de schuldeiser terstond vergoeding kunnen vorderen van deze schade en kan van ondergeschiktheid aan de nakoming geen sprake zijn. Terecht bepaalt art. 6:83 sub a dan ook dat als een termijn is overschreden, het verzuim van rechtswege intreedt. Dit betekent dat de geleden vertragingsschade onmiddellijk gevorderd kan worden, (ook) wanneer een termijn is afgesproken.

Voor de gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel is het kortom essentieel om de verschillende schadevergoedingsmogelijkheden van elkaar te onderscheiden.⁴⁹ Verderop zal blijken dat het bonte karakter van de schadevergoeding ook zijn weerslag heeft op de invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel, alsmede op dat van het proportionaliteitsbeginsel. Het belang van het uitsplitsen van de verschillende schadevergoedingsmogelijkheden kan daarmee dus niet genoeg benadrukt worden.

49 De Jong meent dat met de eis dat de schuldeiser moet differentieren naar gelang de soort schade een wel heel hoge eis wordt gesteld aan iemand die geconfronteerd wordt met een verkeerde prestatie waardoor hij schade lijdt. Zij betoogt daarom dat de redelijkheid en billijkheid moeten kunnen meebrengen dat wanneer de ene soort schade zonder voorafgaande ingebrekestelling oplosbaar is, dit ook geldt voor de andere schade, zodat in een concrete situatie zowel gevolgschade als vertragingsschade zonder nadere vereisten gevorderd moet kunnen worden. Hetzelfde zal volgens haar moeten gelden als de schuldeiser daarnaast vervangende schadevergoeding wil eisen, zie De Jong 2006, nr. 5 I en nr. 33; De Jong 2005, p. 292 Deze opvatting verdient m.i. geen navolging. Zo verliest De Jong hierbij ten eerste uit het oog dat vertragingsschade (evenals bijkomende schade of gevolgschade) altijd direct gevorderd kan worden (zij het dat het ingebrekestellingsvereiste noodzakelijk is om de vertraging vast te stellen). Met betrekking tot de vervangende schadevergoeding kan worden opgemerkt dat deze remedie niet ziet op vergoeding van aanvullende schade, zodat het niet juist is haar met de bijkomende schade en vertragingsschade op één hoop te vegen. Ik meen – kortom – dat de externe subsidiariteitstoetsing (de vraag of nakoming het geleden nadeel afdoende kan wegnemen) in dit verband een alleszins overzichtelijke eis stelt aan de schuldeiser.

5.1 Inleiding

Bij de vraag in hoeverre de schuldeiser kan kiezen voor ontbinding als ook het vorderen van schadevergoeding mogelijk is, moet men zich in de eerste plaats realiseren dat de schadevergoedingsremedie pas in beeld komt als de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend (art. 6:74 lid 1). In dit hoofdstuk zal gemakshalve aangenomen worden dat sprake is van een dergelijke toerekenbare tekortkoming (wanprestatie). Daarnaast moet worden bedacht dat schadevergoeding als bijzonder kenmerk heeft dat zij aanvullend en vervangend van aard kan zijn. In het vorige hoofdstuk bleek dat dit onderscheid van principieel belang is bij de verhouding van schadevergoeding tot nakoming. Hetzelfde geldt nu voor de verhouding van ontbinding tot schadevergoeding. Ontbinding is immers, evenals nakoming, gericht op het opheffen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming zélf. Als gezien, ziet de *aanvullende* schadevergoeding daarentegen op het opheffen van het nadeel dat een stap(je) verder ligt; het gaat dan om het delgen van de schade die het *gevolg* is van de tekortkoming. Nu de aanvullende schadevergoeding enkel de schade vereffent die in nauw verband staat met de tekortkoming, vormt het 'sec' genomen geen volwaardig alternatief voor de ontbinding. Integendeel: zoals hiervoor al werd aangestipt, kan aanvullende schadevergoeding 'bovenop' ontbinding worden gevorderd. In overeenstemming hiermee volgt expliciet uit art. 6:277 dat ook die aanvullende schade voor vergoeding in aanmerking komt die het gevolg is van het feit dat de overeenkomst niet wordt nagekomen, maar wordt ontbonden (typische ontbindingsschade). De schadevergoedingsremedie die strekt tot vergoeding van aanvullende schade maakt de ontbinding derhalve nimmer subsidiair.

Wordt de aanvullende schadevergoeding evenwel *gecombineerd* met de nakomingsremedie, dan kan zij wél een minder vergaand alternatief voor ontbinding opleveren. Evenals ontbinding, ziet nakoming immers wel op het wegnemen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming. Aanvullende schadevergoeding plus nakoming zouden het door de schuldeiser geleden nadeel dus evengoed als de ontbinding kunnen wegnemen. Het spreekt welhaast vanzelf dat een dergelijke combinatie niet mogelijk is als het gaat om de vergoedingsremedie voor typische ontbindingsschade ex art. 6:277. Deze vorm van aanvullende schadevergoeding doet zich immers louter voor op het moment dat de ontbindingsremedie wordt uitgeoefend; van een relatie van ondergeschiktheid kan derhalve nimmer sprake zijn, óók niet in een eventuele combinatie met de nakomingsremedie. Nakoming is dan immers als gevolg van de ontbinding

simpelweg niet (langer) mogelijk.¹ Als gezegd, zou het externe subsidiariteitsbeginsel voor de overige vormen van aanvullende schadevergoeding daarentegen nog wel een rol kunnen spelen, zij het dat dit slechts het geval zal kunnen zijn als tegelijkertijd de nakomingsremedie wordt toegepast; ontbinding is nooit subsidiair aan uitsluitend de aanvullende schadevergoedingsremedie.

Daarentegen kan de remedie van *vervangende* schadevergoeding 'sec' genomen wél een afdoende alternatief voor de ontbinding zijn. Beide remedies beogen immers hetzelfde nadeel, de tekortkoming, op te heffen en staan daarmee dus op een gelijk niveau. Bovendien wordt algemeen gesteld dat de vervangende schadevergoeding een minder ingrijpende remedie is dan de ontbinding, nu zij niet, zoals de ontbinding, de overeenkomst zelf aantast maar slechts één van beide daaruit voortvloeiende verbintenissen.²

Gelet op het verschil in karakter van de aanvullende schadevergoeding en de vervangende schadevergoeding wordt in het navolgende (afzonderlijk) nagegaan in hoeverre de ontbinding subsidiair is aan de vervangende schadevergoeding, en in hoeverre de ontbinding belet kan worden door de combinatie van de aanvullende schadevergoeding met de nakoming.

5.2 Art. 6:265 lid 1 in het licht van de wetsgeschiedenis

Hiervoor is gebleken dat in het verzuimvereiste van het tweede lid van art. 6:265 de hoofdregel tot uitdrukking komt dat ontbinding subsidiair is aan nakoming. Wanneer de schuldeiser de nakomingsremedie vruchteloos heeft uitgeoefend en er aan het verzuimvereiste is voldaan,³ wordt terechtgekomen in het eerste lid van art. 6:265. Volgens deze bepaling geeft iedere tekortkoming de schuldeiser de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, *tenzij* de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

Lezing van de parlementaire geschiedenis maakt duidelijk dat in de tenzij-clausule géén toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel ligt verscholen. Zo blijkt nergens dat het feit dat schadevergoeding en/of nakoming mogelijk is, meegewogen moet worden bij de vraag of de tekortkoming de ontbinding kan rechtvaardigen. Het tegenovergestelde lijkt eerder te gelden, nu in de Memorie van Antwoord valt te lezen dat men in art. 6:265 lid 1 tot uiting heeft willen brengen dat de schuldeiser de keuze is gegeven of hij gehele of gedeeltelijke ontbinding wenst, 'zoals hij ook vrij is om in het geheel geen ontbinding te kiezen, maar vervangende schadevergoeding dan

1 Deze vorm van aanvullende schadevergoeding zal in het vervolg dan ook buiten beschouwing blijven

2 TM, Parl. gesch. boek 6, p. 302, MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 1012, De Vries 1997, p. 108

3 Zoals hiervoor al aan de orde is geweest, kan ook zonder dat de nakomingsremedie eerst is toegepast aan het verzuimvereiste zijn voldaan. Bovendien geldt het verzuimvereiste niet als nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is.

wel nakoming met aanvullende schadevergoeding'.⁴ Dat het bestaan van de schadevergoedings- en nakomingsremedie in de ogen van de wetgever voor de toepassing van de tenzij-clausule zonder betekenis is, blijkt – impliciet – ook uit het feit dat in de toelichtende stukken benadrukt wordt dat de tenzij-clausule slechts in uitzonderlijke gevallen van toepassing is, omdat de schuldeiser in het algemeen erop moet kunnen rekenen dat hij *recht* heeft op ontbinding.⁵ De aanname dat iedere tekortkoming recht geeft op ontbinding impliceert immers dat de aanwezigheid van de schadevergoedings- en nakomingsremedie irrelevant is.

Het standpunt dat de schuldeiser de vrije keuze heeft tussen ontbinding en *vervangende* schadevergoeding wordt voorts bevestigd door een passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:87. Hierin is, in aanvulling op art. 6:74, een nadere regeling neergelegd voor de vervangende schadevergoeding. Kort samengevat, wordt daarin een omzettingsverklaring vereist voorzover nakoming nog mogelijk is (lid 1) en wordt gesteld dat het vorderen van vervangende schadevergoeding niet mogelijk is als de tekortkoming omzetting niet rechtvaardigt (lid 2). In de parlementaire toelichting op deze bepaling is kort ingegaan op de verhouding tussen de ontbinding en de vervangende schadevergoeding. Opgemerkt wordt dat de gevolgen van deze remedies soms veel overeenkomst vertonen, zij het dat die van ontbinding in beginsel ingrijpender zijn, waardoor de schuldeiser nu eens met de ene dan weer met de andere oplossing het meeste gebaat is.⁶ Zo zal de schuldeiser volgens de toelichting het meeste gebaat zijn met vervangende schadevergoeding als hij er belang bij heeft de prestatie te verrichten die hij zelf op zich heeft genomen; voorts bij overeenkomsten die nog in de toekomst moeten werken⁷ of waarbij de niet-nagekomen verplichting een andere dan de hoofdverplichting is, dan wel indien het de schuldeiser voornamelijk om de schadevergoeding te doen is en gedeeltelijke ontbinding rechterlijke tussenkomst zou vereisen. Daarentegen zal de schuldeiser bij voorkeur voor ontbinding kiezen, aldus de wetsgeschiedenis, als het belang om de eigen prestatie te mogen behouden of gerestitueerd te krijgen op de voorgrond staat. Vervolgens wordt expliciet overwogen dat het aan de schuldeiser is om de keuze (tussen ontbinding en vervangende schadevergoeding) te maken.⁸

Daarnaast wordt in de toelichting op art. 6:87, meer in het algemeen, opgemerkt dat als de termijn in de ingebrekestelling eenmaal is verlopen (en het verzuim dus is ingetreden), de schuldeiser vrij moet zijn om, al naargelang het hem uitkomt, zijn

4 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1012.

5 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005. Vgl. ook: VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1008.

6 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 302.

7 Zoals bijvoorbeeld in het geval dat partijen een non-concurrentiebeding zijn overeengekomen die door de schuldenaar enige tijd wordt overtreden. De schuldeiser zal er dan belang bij hebben dat dit beding blijft bestaan en zal dan ook willen overgaan tot het vorderen van vervangende schadevergoeding.

8 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 303. Overigens wordt daarbij aangegeven dat als de keuze van de schuldeiser voor ontbinding of vervangende schadevergoeding in zijn kennisgeving niet zonder meer duidelijk tot uiting komt, de rechter zijn verklaring zal moeten interpreteren. Ook een schijnbaar duidelijke woordkeuze zal niet altijd alle interpretatie overbodig maken, nu blijkens de ervaring het verschil tussen de beide rechtsfiguren de niet-juridisch geschoolden niet steeds bekend zou zijn.

keuze te bepalen ófwel op nakoming plus aanvullende schadevergoeding ófwel op vervangende schadevergoeding ófwel op ontbinding plus aanvullende schadevergoeding. Gesteld wordt dat de schuldenaar deze keuze niet eenzijdig moet kunnen frustreren door alsnog zijn prestatie aan te bieden, eventueel vermeerderd met een aanvullende schadevergoeding voor de vertraging. Hij heeft genoeg kansen gehad en moet nu maar afwachten wat de schuldeiser met hem voor heeft: of hij het nóg eens met hem wil proberen dan wel de moed opgeeft en de prestatie elders tracht te betrekken.⁹ Hieruit blijkt dus, wederom, dat de schuldeiser in de visie van de wetgever keuzevrijheid geniet: ontbinding is niet subsidiair aan vervangende schadevergoeding, noch aan aanvullende schadevergoeding in combinatie met nakoming.

5.3 De opvattingen in de literatuur

5.3.1 *Ontbinding in verhouding tot nakoming en aanvullende schadevergoeding: de heersende leer*

Bij de bespreking van de verhouding van ontbinding tot nakoming is reeds aan de orde gekomen, dat als de schuldenaar in verzuim is geraakt hij alsnog (correcte) nakoming kan aanbieden, althans zolang de schuldeiser niet tot ontbinding is overgegaan.¹⁰ In dat geval bestaat de niet-nagekomen verbintenis immers nog. Uit art. 6:86 vloeit voort dat de schuldeiser dit aanbod tot nakoming kan weigeren wanneer niet tevens vergoeding van de inmiddels verschuldigd geworden schade en kosten wordt aangeboden. Slaat de schuldeiser een met inachtneming van art. 6:86 gedaan aanbod tot nakoming evenwel af, dan geraakt hij in schuldeisersverzuim (art. 6:58).¹¹ Hierdoor wordt het verzuim van de schuldenaar gezuiverd (art. 6:61 lid 1)¹² en is uitoefening van de ontbindingsremedie niet meer mogelijk (art. 6:266 lid 1). De schuldenaar kan dus, ook al verkeert hij reeds in verzuim, de werking van het externe subsidiariteitsbeginsel via art. 6:86 jo art. 6:266 lid 1 inroepen; een beroep op art. 6:265 lid 1 wordt daarmee doorkruist zodat ontbinding ondergeschikt is aan nakoming mét aanvullende schade- en kostenvergoeding. De schuldeiser wordt dus geacht belang te hebben bij de nakoming zolang hij de overeenkomst niet heeft ontbonden. Mocht de prestatie voor de schuldeiser in een bepaald geval van geen of van onvoldoende nut zijn, dan moet de nakoming (relatief) blijvend onmogelijk geoordeeld worden waardoor zuivering niet (meer) mogelijk is.

Is in de periode vóórafgaand aan het verzuim ontbinding enkel subsidiair aan nakoming, ná het intreden van het verzuim is vereist dat in aanvulling op de nakoming

9 VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 303

10 Zie § 3.5

11 MvT Inv., Parl. gesch. boek 6, p. 1255.

12 Niettemin blijft de schuldenaar verplicht tot vergoeding van de schade en van de kosten die de schuldeiser gedurende het verzuim heeft geleden: MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 285-286; MvT Inv., Parl. gesch. boek 6, p. 1255

tevens de schade en kosten wordt vergoed.¹³ Deze invulling van het externe subsidiariteitsbeginsel is logisch wanneer men bedenkt, dat de door de tekortkoming veroorzaakte schade volgens art. 6:74 lid 2 jo lid 1 vanaf het moment van verzuim voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁴ Hieruit volgt immers dat het belang van de schuldeiser na het intreden van het verzuim slechts genoegzaam kan worden gediend, als de schuldenaar naast nakoming tevens aanvullende schadevergoeding aanbiedt.

Zoals gezegd, is zuivering evenwel slechts mogelijk en daarmee het externe subsidiariteitsbeginsel slechts van invloed, zolang de niet-nagekomen verbintenis nog bestaat. Ontbinding moet dus nog niet hebben plaatsgevonden. Het is voor de gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel derhalve van groot belang om na te gaan vanaf welk moment de overeenkomst exact ontbonden is. Volgens art. 6:267 kan ontbinding op twee manieren plaatsvinden: via een schriftelijke verklaring van de schuldeiser (lid 1) of door een op zijn vordering gewezen ontbindingsvonnis (lid 2). Kiest de schuldeiser voor de buitengerechtelijke weg dan is zuivering niet meer mogelijk op het moment dat de schuldenaar de ontbindingsverklaring heeft ontvangen. Op het moment van ontvangst heeft de verklaring immers werking (art. 3:37 lid 3). Stapt de schuldeiser naar de rechter, dan is de ontbinding een feit wanneer het vonnis, waarin de ontbindingsvordering wordt toegewezen, in kracht van gewijsde is gegaan.¹⁵ Omdat ontbinding volgens art. 6:269 geen terugwerkende kracht heeft en er tussen het aanspannen en het ten einde brengen van een proces enige tijd verstrijkt, zou de schuldenaar de gerechtelijke weg kunnen frustreren door gedurende de procedure 'simpelweg' een aanbod tot nakoming en schade- en kostenvergoeding te doen. Dit beoogt het slot van art. 6:269 evenwel te voorkomen.¹⁶ Zo bepaalt de laatste volzin van dit artikel dat een aanbod tot nakoming gedaan na het instellen van een vordering tot ontbinding, géén werking heeft als de vordering wordt toegewezen. De ontbinding heeft met het oog op (het buiten spel zetten van) het externe subsidiariteitsbeginsel dus wel 'enige' terugwerkende kracht. Wordt immers de rechterlijke weg gevolgd en ontbinding uitgesproken, dan heeft de schuldenaar het beroep op het externe subsidiariteitsbeginsel verloren vanaf het moment dat de ontbinding werd gevorderd.¹⁷

Kortom: de ontbinding kan subsidiair zijn aan de nakoming met aanvullende schade- en kostenvergoeding zolang de ontbinding nog niet is gevorderd en evenmin een ontbindingsverklaring is uitgebracht. Slaat de schuldeiser het tijdige aanbod niettemin af en gaat hij over tot het uitbrengen van een ontbindingsverklaring of het

13 Zie over het exacte tijdstip waarop het verzuim door de nakoming met aanvullende schadevergoeding wordt beëindigd Feenstra 1994, p. 79 e v., P-G Hartkamp in zijn conclusie voor HR 20 december 2002, *JOL* 2002, 708 en Stolp 2006, p. 109-118.

14 Vergoeding van bijkomende schade (denk aan de besmetting van de veestapel van de schuldeiser doordat een zieke koe is geleverd) is zelfs al vóór het intreden van het verzuim verschuldigd. Voor deze schadepost is het verzuimvereiste van art. 6:74 lid 2 namelijk niet van toepassing. Zie nader § 4.3.1.

15 Vgl. TM, Parl. gesch. boek 6, p. 1017; De Vries 1997, p. 168. Zie nader met verdere literatuurverwijzingen over de werking van het ontbindingsvonnis: Verbintenissenrecht (Hartlief), art. 267, aant. 15.

16 TM, Parl. gesch. boek 6, p. 1017; MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 1017.

17 Bakels 1993, p. 248 acht daarbij, met het oog op de kenbaarheid voor de schuldenaar, terecht het moment van dagvaarding en niet het moment van inschrijving ter rolle beslissend.

instellen van een ontbindingsvordering, dan staat art. 6:266 lid 1 aan de geldigheid van deze verklaring of vordering in de weg. Als gezien, brengt deze bepaling immers mee dat de schuldeiser in dat geval geen beroep toekomt op art. 6:265 lid 1.

Daarentegen kan de schuldeiser de werking van art. 6:86, en daarmee dus de invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel, heel gemakkelijk de pas afsnijden. Hij kan namelijk de ingebrekestelling combineren met de (voorwaardelijke) verklaring dat de ontbinding intreedt zodra de gestelde termijn vruchteloos is verstreken.¹⁸ Omdat de ontbinding in een dergelijk geval tegelijkertijd met het intreden van het verzuim plaatsvindt, kan aldus op eenvoudige wijze worden voorkomen dat de schuldenaar een beroep doet op het externe subsidiariteitsbeginsel en zijn verzuim zuivert. Het invoeren van het externe subsidiariteitsbeginsel zou eveneens kunnen worden verhinderd door de ingebrekestelling te combineren met een voorwaardelijke dagvaarding waarbij ontbinding wordt gevorderd.¹⁹ Volgens art. 6:269 kan het zuiveringsaanbod dan immers niet meer worden gedaan. Verder volgt uit de parlementaire stukken dat de redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat de schuldenaar zijn verzuim niet meer mag zuiveren, wanneer de schuldeiser heeft meegedeeld geen nakoming meer te wensen, maar zich nog te willen beraden over de vraag of hij voor ontbinding of voor vervangende schadevergoeding opteert.²⁰

Toch lijkt het doorbreken van het externe subsidiariteitsbeginsel door een combinatie van de verklaringen niet zo simpel te liggen. Biedt de schuldenaar namelijk nakoming en schadevergoeding aan, nádat hij de ontbindingsverklaring heeft ontvangen, dan wel nádat er een vordering tot ontbinding is ingesteld, dan wordt de situatie in de literatuur verwarrend en inconsistent. Zo zou men denken, gelet op het bovenstaande, dat een dergelijk aanbod te laat is gedaan. Art. 6:266 lid 1 is dan niet van toepassing, zodat de schuldeiser een beroep kan doen op art. 6:265 lid 1. Volgens de wetsgeschiedenis is de schuldeiser in dat geval vrij te kiezen voor ontbinding en staat nakoming met aanvullende schadevergoeding hieraan niet (langer) in de weg. Het externe subsidiariteitsbeginsel is – kortom – uitgewerkt. Niettemin wordt in de literatuur algemeen aangenomen dat in een dergelijk geval het externe subsidiariteitsbeginsel toch nog van invloed kan zijn.

5.3.2 *Aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding na ontvangst van een ontbindingsverklaring*

Wanneer de in verzuim verkerende schuldenaar een ontbindingsverklaring heeft ontvangen en deze beantwoordt met de mededeling dat hij alsnog wil nakomen en de schade en kosten wil vergoeden, is de kans groot dat de schuldeiser dit aanbod zal weigeren onder verwijzing naar de door hem verzonden ontbindingsverklaring.

18 TM, Parl. gesch. boek 6, p. 1006 en MvA II, Parl. gesch. boek 6, p. 1012, Asser-Hartkamp I 2004, nr. 362.

19 TM, Parl. gesch. boek 6, p. 288; Asser-Hartkamp I 2004, nr. 362.

20 MvA, Parl. gesch. boek 6, p. 307.

Gesteld dat de schuldenaar zich hier niet bij neerlegt, dan blijft de onzekerheid bestaan totdat de rechter heeft beoordeeld of de verklaring terecht is uitgebracht. Wordt de rechter erbij gehaald, dan zal hij de buitengerechtelijke ontbinding toetsen aan het slot van art. 6:265 lid 1: ontbinding is mogelijk, 'tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.' Het gaat daarbij om een oordeel achteraf, het vonnis constateert slechts of de ontbinding terecht heeft plaatsgevonden. De uitspraak van de rechter is dus niet constitutief, maar declaratoir. Dit betekent dat de toetsing plaatsvindt aan de hand van de omstandigheden ten tijde van het uitbrengen van de ontbindingsverklaring (*ex tunc*). Heeft de schuldenaar vóórafgaand aan het uitbrengen van deze verklaring aangeboden om alsnog na te komen en de schade te vergoeden, dan zal de rechter (gesteld dat nakoming nog van nut was voor de schuldeiser) moeten oordelen dat de verklaring gelet op art. 6:266 lid 1 ten onrechte is uitgebracht. Een ná de ontvangst van de ontbindingsverklaring aangeboden nakoming plus schade- en kostenvergoeding moet, gezien de *ex tunc*-toetsing, buiten beschouwing blijven en is zodoende van géén invloed op de vraag of de ontbinding(sverklaring) al dan niet gerechtvaardigd is.²¹

Echter, bij wijze van uitzondering wordt in de literatuur aangenomen dat de rechter onder omstandigheden het te late aanbod tot nakoming en schade/kostenvergoeding tóch kan laten meespelen in zijn oordeel over de gerechtvaardigdheid van de ontbinding in verhouding tot de tekortkoming.²² Het gewicht van de tekortkoming wordt dan dus mede bepaald door het aanbod tot nakoming plus aanvullende schadevergoeding. Is de rechter van mening dat het geschonden belang van de schuldeiser door de nakoming en schadevergoeding afdoende kan worden behartigd dan is de tekortkoming niet ernstig genoeg om de ontbinding te rechtvaardigen. In dat geval wordt de verklaring nietig geoordeeld; er heeft geen ontbinding plaatsgevonden en de schuldeiser geraakt in schuldeisersverzuim doordat hij het zuiveringsaanbod heeft afgeslagen. Aanvaard wordt derhalve dat de externe subsidiariteit van ontbinding kan opbloeien ook al is de ontbindingsverklaring reeds verstuurd en ontvangen. Evenzo kan het externe subsidiariteitsbeginsel naar heersende opvatting herrijzen wanneer de schuldeiser al een ontbindingsvordering heeft ingesteld.

21 Vgl. HR 24 september 1976, *NJ* 1977, 115 m nt PZ (Van Vreckom/Erra) en Hartlief 1994, p. 115; Brunner in zijn noot onder HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 695 (Gallas/Mozes en Oskam).

22 In deze zin: Asser-Hartkamp II 2005, nr. 527; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 259; Bakels 1993, p. 248; Feenstra 1990, p. 558; Feenstra 1989, p. 40; Schoordijk 1979, p. 177-178. Vgl. ook A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie (nr. 15) voor HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp c.s./Regency Residence NV). Door sommige van deze schrijvers wordt de werking van het externe subsidiariteitsbeginsel overigens niet geplaatst in de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1, maar wordt gesteld dat een beroep op de ontbindingsverklaring gezien het aanbod om alsnog na te komen en de schade en kosten te vergoeden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

5.3.3 Aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding na het instellen van een ontbindingsvordering

Wanneer de rechter gevraagd wordt om de overeenkomst te ontbinden, moet hij – evenals bij een geschil over de gegrondheid van een ontbindingsverklaring – beoordelen of de ontbinding gezien de aard en ernst van de tekortkoming gerechtvaardigd is (art. 6:265 lid 1 slot). Is vóórafgaand aan het instellen van de vordering een aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding gedaan, dan zal de rechter aan deze toetsing niet toekomen, nu hij op grond van art. 6:266 lid 1 de vordering reeds zal moeten afwijzen.

De beoordeling bij een ontbindingsvordering is evenwel anders dan bij een ontbindingsverklaring, in die zin dat zij plaatsvindt aan de hand van de omstandigheden van het geval op dát moment (*ex nunc*); de uitspraak behelst in het geval van een ontbindingsvordering immers een constitutief vonnis. In beginsel zou dit betekenen dat een aanbod tot nakoming met schade- en kostenvergoeding gedaan nádat de ontbinding is gevorderd, door de rechter, als een omstandigheid die zich op moment van oordelen heeft voorgedaan, kan worden meegewogen. Zoals hiervoor bleek, bepaalt het slot van art. 6:269 evenwel ondubbelzinnig dat een aanbod gedaan nadat ontbindingsvordering is ingesteld geen werking heeft.

Desondanks wordt algemeen aangenomen dat een aanbod tot nakoming met schade- en kostenvergoeding gedaan nadat de vordering is ingesteld, onder omstandigheden toch zuiverend kan werken. Zo mag de rechter volgens de heersende leer bij de toetsing of de ontbinding gerechtvaardigd wordt door de tekortkoming, het te late aanbod tot nakoming met schade- en kostenvergoeding meewegen.²³ Hiertoe wordt verwezen naar een arrest van de Hoge Raad waarin de vraag centraal stond of de rechter rekening mocht houden met (het aanbod tot) nakoming na het intreden van het verzuim, althans na het uitbrengen van de inleidende dagvaarding waarbij ontbindingsverklaring gevorderd werd, althans nadat ten processe tegen de vordering verweer was gevoerd. De Hoge Raad overwoog dat de rechter bij zijn oordeel over de vraag of de wanprestatie van zo geringe betekenis is dat zij de ontbinding niet rechtvaardigt, de wederzijdse belangen tegen elkaar moet afwegen waarbij hij rekening mag houden met alle omstandigheden die hij daarvoor van belang acht. Geen rechtsregel verbiedt de rechter bij de beoordeling van het gewicht van de wanprestatie mede in aanmerking te nemen dat op het moment van zijn oordeel vaststaat dat de prestatie inmiddels, zij het na het instellen van de ontbindingsvordering, is verricht.²⁴ Dit arrest is evenwel gewezen in 1982 en dus onder het oude BW. Dit is van belang omdat onder het oude

23 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 10 en 12, Van Nispen 2003, nr. 27, Asser-Hartkamp II 2005, nr. 527; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 258, Hartlief 1994, p. 117-118, Bakels 1993, p. 248, Feenstra 1990, p. 557, Feenstra 1989, p. 41, Brunner in zijn noot onder HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 695 (Gallas/Mozes en Oskam) Anders. De Vries 1995, p. 184

24 HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 695 m nt CJHB (Gallas/Mozes en Oskam) Dat omstandigheden die hebben plaatsgevonden na de wanprestatie mogen worden meegewogen bij de vraag of de wanprestatie voldoende ernstig is, is herhaald in het eveneens onder het oude recht gewezen arrest HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992, 715 (Lensink/Van Koppenhagen).

recht wanprestatie werd beschouwd als de vervulling van een ontbindende voorwaarde. De ontbinding moest niettemin altijd worden vastgesteld door de rechter, die moest nagaan of ontbinding gerechtvaardigd werd door de ernst van de wanprestatie. Gezien de constructie van de stilzwijgende ontbindende voorwaarde, diende dit te geschieden aan de hand van de omstandigheden zoals die golden op het moment dat de schuldenaar in verzuim was met de nakoming van zijn verbintenis (*ex tunc*). Consequentie hiervan was dat de schuldenaar nimmer zijn verzuim kon zuiveren. Dit werd in de literatuur sterk bekritiseerd. Doordat de Hoge Raad in het genoemde arrest stelde dat de rechter een aanbod tot nakoming plus schadevergoeding mede ten grondslag mag leggen aan zijn oordeel of de wanprestatie de ontbinding rechtvaardigt, werd mogelijk gemaakt dat de schuldenaar zijn verzuim kon zuiveren. Zuivering is volgens de Raad zelfs mogelijk nadat de vordering is ingesteld of nadat ten processe verweer is gevoerd, geen rechtsregel staat daaraan in de weg.

Deze opvatting wordt dus doorgetrokken naar het huidige recht. Dit, terwijl er thans wél een rechtsregel in de weg staat aan een aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding nadat de ontbindingsvordering is ingesteld, namelijk art. 6:269. Deze bepaling trekt voor de werking van het externe subsidiariteitsbeginsel immers messcherp een grens: zolang geen vordering is ingesteld, is de ontbinding nog subsidiair aan de nakoming met schade- en kostenvergoeding, ligt er een dagvaarding dan is de werking van het beginsel uitgeschakeld. Door aan te nemen dat het externe subsidiariteitsbeginsel, ook al is een dagvaarding uitgebracht, alnog in het kader van de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1 een rol kan spelen, wordt art. 6:269 dus buiten spel gezet.

Nu wordt wel gesteld dat de subsidiariteit van ontbinding nadat de verklaring is gedaan of de vordering is ingesteld, enkel in bijzondere gevallen kan worden aanvaard.²⁵ Zo zou de ontbinding 'sneller' subsidiair zijn aan nakoming met aanvullende schadevergoeding, als de schuldeiser de ontbindingsmaatregel ter hand heeft genomen zonder vooraf een termijn voor nakoming te hebben geboden.²⁶ Anders gezegd, het externe subsidiariteitsbeginsel zou de ontbindingsmaatregel met name terzijde kunnen schuiven, als het nog geen toepassing heeft gevonden. Nu zal in het merendeel van de gevallen op grond van het verzuimvereiste een ingebrekestelling met een termijn voor (alsnog)nakoming reeds zijn uitgebracht. Daarmee zou de ontbinding dus slechts bij wijze van uitzondering subsidiair zijn aan de nakoming met aanvullende schadevergoeding. Zodoende wordt niet afgeweken van het uitgangspunt dat de schuldeiser in principe recht heeft op ontbinding.

Daarmee kan dus geconstateerd worden dat ontbinding volgens de heersende leer doorgaans niet subsidiair is aan nakoming in combinatie met aanvullende schadevergoeding. Weliswaar aanvaardt de doctrine – in afwijking van de wetsgeschiedenis – dus een zekere invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel, doch gelet op het in art. 6:265 lid 1 neergelegde recht op ontbinding is deze invloed zeer beperkt.

25 Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 258-259, Bakels 1993, p. 248-249, Feenstra 1990, p. 558, Feenstra 1989, p. 41.

26 Vgl. De Jong 2003, p. 89, Valk 1997a, p. 59, Bakels 1993, p. 249, Feenstra 1990, p. 558.

Nu is dit wettelijk uitgangspunt van een recht op ontbinding in de loop van de jaren '90 door met name Bakels en Hartlief onder vuur genomen. Als alternatief verdedigen zij een beperktere ontbindingsmogelijkheid, waarbij het belang van de tekortschietende schuldenaar meer op de voorgrond staat. In deze opvatting ligt besloten dat de ontbinding binnen de tenzij-clausule verdergaand getoetst moet worden aan het externe subsidiariteitsbeginsel. Daarnaast bepleiten zij op grond van de tenzij-clausule een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel. Omwille van de overzichtelijkheid behandel ik hier slechts het betoog, inhoudende dat de ontbinding in ruimere mate onderworpen moet worden aan het externe subsidiariteitsbeginsel.²⁷

5.3.4 *Bakels: het beginsel van het redelijk alternatief*

Volgens Bakels ligt in de rechtsontwikkeling besloten dat ontbinding niet mogelijk is als er voor de schuldeiser andere juridische wegen openstaan dan die van ontbinding, terwijl voor de schuldenaar onnodig of anderszins onredelijk nadeel wordt veroorzaakt door de ontbinding.²⁸ Daarom moet het wettelijk uitgangspunt volgens hem worden vervangen door de vuistregel dat ontbinding als meest ingrijpende maatregel in beginsel pas gerechtvaardigd is als aan de schuldeiser geen minder vergaande middelen ten dienste staan.²⁹ Deze benadering wordt door Bakels aangeduid als 'het beginsel van het redelijk alternatief' en brengt mee dat het gewicht van de tekortkoming moet worden gerelateerd aan mogelijk voorhanden alternatieven.³⁰ Hoewel het volgens Bakels in het algemeen niet mogelijk is om te zeggen welk middel het minst belastend is voor de schuldenaar,³¹ stelt hij anderzijds dat in de regel het minst vergaand zal zijn de opschorting in combinatie met een vordering tot nakoming.³² Evenzo is het vorderen van (aanvullende en vervangende) schadevergoeding doorgaans minder ingrijpend dan ontbinding.³³ Wanneer één van deze middelen, nakoming en/of schadevergoeding, de schuldeiser voldoende soelaas biedt, is ontbinding in de visie van Bakels dus niet mogelijk. Het moge duidelijk zijn dat deze gedachte neerkomt op een pleidooi voor toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel, waarbij Bakels dus verder gaat dan op grond van de heersende leer het geval is. Zoals in de voorgaande

27 De opvatting dat op grond van de tenzij-clausule een interne subsidiariteitstoetsing moet plaatsvinden, wordt behandeld in § 6.4.1.

28 Bakels 1993, p. 260 en 1994, nr. 27.

29 Bakels 1993, p. 277 en 1994, nr. 27.

30 Bakels 1993, p. 264.

31 Bakels 1993, p. 263.

32 Bakels 1993, p. 261. Reeds eerder stelde Brunner in zijn noot bij HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 626 (Automatic Signal/ De Haas) dat ontbinding slechts gerechtvaardigd is als door opschorting van de tegenprestatie voor de crediteur geen bevredigend resultaat kan worden bereikt. Omdat opschorting geen nadeel opheft en dus geen remedie vormt, zal Brunner bedoeld hebben dat de opschorting *in combinatie met een vordering tot nakoming* eerst moet worden beproefd alvorens ontbinding mogelijk is. Daarmee verdedigt hij de regel dat ontbinding subsidiair is aan (opschorting plus) nakoming, hetgeen neerkomt op een toepassing van het externe subsidiariteitsbeginsel.

33 Bakels 1993, p. 261.

paragraaf is weergegeven, wordt in de literatuur immers slechts in uitzonderlijke gevallen aangenomen dat ontbinding subsidiair is aan de nakoming en aanvullende schadevergoeding, terwijl dit voor de vervangende schadevergoeding zelfs helemaal niet wordt verdedigd. Daarentegen verdedigt Bakels de vuistregel dat ontbinding wél subsidiair is aan nakoming met aanvullende schadevergoeding resp. vervangende schadevergoeding.³⁴

5.3.5 Hartlief: het vereiste van een wezenlijke tekortkoming

Naast Bakels heeft ook Hartlief een voortrekkersrol vervuld ten aanzien van de huidige kritiek op het recht op ontbinding. Hartlief bepleit ontbinding alleen mogelijk te maken als sprake is van een *wezenlijke* tekortkoming.³⁵ Art. 6:265 lid 1 bepaalt evenwel dat *iedere* tekortkoming de schuldeiser – in principe³⁶ – de bevoegdheid geeft tot ontbinding. Dit betekent dat als uitgangspunt wordt aangenomen dat tussen de tekortkoming (het te dienen belang) en de nadelige gevolgen van ontbinding (het te schaden belang) géén disproportionaliteit bestaat; de schuldeiser heeft *recht* op uitoefening van de ontbindingsremedie. Deze beperkte gelding van het proportionaliteitsbeginsel wordt door Hartlief dus verworpen: slechts als het te dienen belang 'wezenlijk' is, bestaat er evenredigheid in verhouding tot het te schaden belang.³⁷ Bij de invulling van het vereiste van een wezenlijke tekortkoming (het proportionaliteitsbeginsel) blijkt hij echter een toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel op het oog te hebben. Dat hij een externe subsidiariteitstoetsing binnen het proportionaliteitsbeginsel verdedigt, is niet onbegrijpelijk. Immers, het externe subsidiariteitsbeginsel is te beschouwen als een specifieke toepassing van de ruimere proportionaliteitsgedachte: het ziet immers op de proportionaliteit van ontbinding in verhouding tot andere, voor de schuldenaar minder vergaande, remedies. Staat vast dat een minder vergaande remedie het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming evengoed kan wegnemen, dan is de ontbinding in zoverre niet proportioneel.

Volgens Hartlief is ten eerste sprake van een wezenlijke tekortkoming als de prestatie geheel uitblijft.³⁸ Daarmee neemt hij aan dat ingeval van algehele niet-nakoming direct kan worden ontbonden en ontbinding dus niet subsidiair is aan andere remedies, zoals nakoming en aanvullende of vervangende schadevergoeding. Kennelijk is Hartlief van mening dat het belang van de schuldeiser bij een algehele tekortkoming alleen genoegzaam gediend kan worden door de ontbinding.

34 Ik ben mij ervan bewust dat Bakels 1993, p. 248-249 heeft aangegeven dat gelet op de rechtszekerheid een uitzondering op de ontbindingsbevoegdheid gelet op een te laat gedaan aanbod tot nakoming met schadevergoeding alleen in bijzondere gevallen kan worden aanvaard, maar hetgeen hij vervolgens op p. 260 e.v. aanvoert bij de introductie van het beginsel van het redelijk alternatief, staat hier haaks op.

35 Hartlief 1994, p. 207-208, 212

36 Hiern schuilt de beperkte uitzonderingsmogelijkheid neergelegd in de tenzij-clausule.

37 Zie nader over de invloed van het proportionaliteitsbeginsel bij ontbinding: hoofdstuk 9

38 Hartlief 1994, p. 207

Wordt daarentegen kwalitatief tekortgeschoten dan rijzen bij de vraag of ontbinding mogelijk is volgens Hartlief grote problemen.³⁹ Van een kwalitatieve tekortkoming is sprake als de schuldenaar een prestatie verricht die van mindere kwaliteit is dan hetgeen zijn verbintenis vergt. Als voorbeeld van een kwalitatieve tekortkoming kan worden genoemd een meubelstuk dat beschadigd wordt afgeleverd of verkeerd aangebracht stucwerk. Naar de mening van Hartlief zullen bij een dergelijke ondeugdelijke nakoming in beginsel andere oplossingen dan ontbinding gebruikt moeten worden.⁴⁰ Daarbij gaat zijn voorkeur uit naar nakoming in combinatie met (aanvullende) schadevergoeding. De reden hiervoor is tweëerlei. Zo stelt Hartlief ten eerste dat als de ondeugdelijke prestatie niet voor ongedaanmaking vatbaar is (denk bijvoorbeeld aan het ondeugdelijk aangebracht stucwerk), ontbinding géén reële optie is; alsdan moeten zijns inziens in plaats van ontbinding de remedies van schadevergoeding en nakoming gehanteerd worden. Mocht de prestatie wel voor restitutie vatbaar zijn (zoals ingeval van het beschadigd afgeleverde meubelstuk), dan is ontbinding weliswaar een reële optie, maar bestaat daarvoor alléén ruimte als de tekortkoming wezenlijk is.⁴¹ Slechts wanneer deze kwalitatieve tekortkoming dermate ondeugdelijk (wezenlijk) is dat zij op één lijn gesteld kan worden met (een algehele) niet-nakoming, is ontbinding volgens Hartlief gerechtvaardigd, omdat dan van de schuldeiser niet meer gevergd kan worden dat hij genoeg neemt met nakoming plus schadevergoeding.⁴² Als voorbeeld haalt hij aan een door de aannemer opgeleverd werk dat van zodanige kwaliteit is dat de opdrachtgever recht heeft op afbraak.⁴³ In dat geval is de kwalitatieve tekortkoming dus dermate omvangrijk dat zij gelijk staat aan een algehele tekortkoming, zodat ontbinding volgens Hartlief dan niet subsidiair is aan nakoming met schadevergoeding. De situatie waarin het externe subsidiariteitsbeginsel niet van toepassing is, vormt in de visie van Hartlief evenwel een uitzondering. Hij hanteert immers de vuistregel dat bij een kwalitatieve tekortkoming de ontbinding subsidiair is aan nakoming in combinatie schadevergoeding. Daarmee gaat hij dus verder dan hetgeen volgens de heersende leer geldt.

39 Hartlief 1994, p. 209

40 Hartlief 1994, p. 209

41 Hartlief 1994, p. 209 Overigens is volgens Hartkamp de vraag of teruggave van het reeds gepresteerde bezwaarlijk of zelfs onmogelijk is, relevant bij de bepaling van de inhoud van de ongedaanmakingsverbintenissen (art. 6:271 e.v.), maar op zichzelf niet bepalend is voor de vraag of ontbinding mogelijk is. Wel kunnen redelijkheid en billijkheid zich onder omstandigheden verzetten tegen een beroep op de ontbindingsbevoegdheid, bijvoorbeeld als dit wordt gedaan door een partij die problemen zou ondervinden bij het bewerken van ongedaanmaking: Asser-Hartkamp II 2005, nrs. 517 en 534 en zie ook zijn conclusie voor HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m.nt. JBMV (Mol c.s./Meijer Beheer BV) onder 5. Dat dit ook volgens de Hoge Raad geldt, volgt m.i. uit het genoemde Mol c.s./Meijer Beheer BV-arrest, waarin is geoordeeld dat het feit dat de onderneming failliet was gegaan, waardoor de overgedragen aandelen in deze vennootschap niet konden worden teruggeleverd in de staat waarin de schuldeiser deze had ontvangen, niet een omstandigheid is die aan ontbinding van de overeenkomst in de weg staat (r.o. 3.4).

42 Hartlief 1994, p. 209-210.

43 Hartlief 1994, p. 209.

Wordt tekortgeschoten in de nakoming van een duurovereenkomst dan zal volgens Hartlief slechts sprake zijn van een wezenlijke tekortkoming als in redelijkheid niet meer van de schuldeiser kan worden gevergd dat hij de overeenkomst voortzet.⁴⁴ Dit impliceert dat hij ervan uitgaat dat in duurverhoudingen (toekomstige) ontbinding in beginsel subsidiair is aan (toekomstige) nakoming.

Hartlief heeft aangegeven dat zijn opvatting inhoudende dat ontbinding alleen bij een wezenlijke tekortkoming kan geschieden, in (de tenzij-clausule van) art. 6:265 lid 1 kan worden ingepast.⁴⁵ Dat hij in dat verband een toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel voorstaat, volgt – nogmaals, maar nu – heel duidelijk uit een latere publicatie, waar hij schrijft dat ‘juist bij de vraag óf de tekortkoming van dien aard is dat zij ontbinding rechtvaardigt, betekenis toekomt aan eventueel alternatieve mogelijkheden zoals nakoming in combinatie met schadevergoeding (...)’.⁴⁶

5.3.6 *De moderne benadering*

Bakels en Hartlief staan intussen al lang niet meer alleen in hun kritiek; een groot aantal auteurs heeft zich bij hen aangesloten.⁴⁷ Nu het pleidooi voor een beperktere ontbindingsremedie inmiddels breed wordt gesteund, heb ik in een eerder verband gesproken van ‘de moderne benadering’.⁴⁸ De aanhangers van deze stroming baseren zich daarbij op het in het contractenrecht geldende principe dat partijen bij de uitoefening van een bevoegdheid rekening (moeten) houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.⁴⁹ Zij vinden het onjuist dat deze eis niet of nauwelijks aan de (uitoefening van de) ontbindingsremedie wordt gesteld. Ook zou de beperking van de ontbinding inspelen op de voor het huidige recht zo kenmerkende relativeringsgedachte die erop neerkomt dat voorkomen moet worden dat sancties verdere gevolgen hebben dan strikt noodzakelijk is. Meer recent wordt door verschillende aanhangers ter ondersteuning

44 Hartlief 1994, p. 210

45 Hartlief 1994, p. 219.

46 Hartlief 1997, p. 202. Vgl. voorts Hartlief 2003, p. 66.

47 Genoemd kunnen worden in chronologische volgorde: Abas 1994, p. 661-663, dezelfde 1995, p. 42-43 en 1996, p. 217; Nieuwenhuis 1995 (I), p. 25 en 1995 (II), p. 39-40; Linssen 1997, p. 60-61, 66 en 69; Feenstra 1997, p. 246; Van Rossum 1997, p. 577 en p. 580; Hammerstein 1998, p. 150; Smits 1999, p. 84; Peletier 1999, p. 131, Vranken in zijn noot onder HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (Mol c.s./Meijer Beheer BV); Stolp 2000, p. 355; Hesselink 2001, p. 65; Van den Berg 2001, p. 300-301; Van Dunné 2001, p. 652; Dokter 2001, p. 49-52; Veldhuizen 2003, p. 97-98; Van Bijnen 2003, p. 711 en p. 737-738, Van Beukering-Rosmuller 2004, p. 433; Dron 2004, p. 2079 die in plaats van een recht op ontbinding pleit voor een regeling die de schadevergoeding vooropstelt en Beenders en Van 't Hullenaar 2005, p. 903-909

48 Stolp 2000, p. 354. Vgl. Hartlief en Stolp 2000, p. 253, alwaar gesproken wordt van de moderne ‘opvatting’.

49 Het gaat hier om een tendens die is ingezet met HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m nt. LEHR (Baris/Riezenkamp), waar deze eis in de fase van totstandkoming van de overeenkomst wordt gesteld. Zie nader hierover het overzicht van Bakels 1993, p. 34 e.v. Vgl. De Vries 2002, p. 26-28 die schrijft dat in de rechtspraak een trend valt te ontwaren dat schuldenaar en schuldeiser in toenemende mate rekening met elkaars belangen dienen te houden.

van hun opvatting nog een arrest van de Hoge Raad aangehaald, waarin is beslist dat de schuldeiser bij de keuze tussen de remedies van nakoming en schadevergoeding niet volledig vrij is, maar daarbij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen.⁵⁰ Verdedigd wordt dat deze beperking van de keuzevrijheid van de schuldeiser óók zou moeten gelden bij de keuze tussen al dan niet ontbinden.⁵¹

Tot de moderne benadering kunnen ook Hammerstein en Vranken gerekend worden. Hun opvatting verdient hier evenwel aparte vermelding, omdat zij de ontbinding willen beperken door de remedie tot wijziging van de overeenkomst als redelijk alternatief te erkennen.⁵²

5.3.7 *Hammerstein en Vranken: introductie van de remedie tot wijziging van de overeenkomst*

Met de introductie van de remedie tot wijziging van de overeenkomst beogen Hammerstein en Vranken de ontbinding buiten spel te zetten als het nadeel dat de schuldeiser door de tekortkoming lijdt, op afdoende wijze kan worden opgeheven door een wijziging van de overeenkomst. Alsdan is ontbinding dus subsidiair aan wijziging. Hammerstein en Vranken geven daarbij aan dat in hun visie aan het beginsel van het redelijk alternatief van Bakels en Hartlief geen afzonderlijke behoefte meer bestaat.⁵³ Zij bepleiten derhalve dat ontbinding niet subsidiair is aan nakoming en aanvullende of vervangende schadevergoeding, doch (louter) aan wijziging. Daarmee geven zij een ongekende dimensie aan het externe subsidiariteitsbeginsel.

50 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

51 Van Beukering-Rosmuller 2004, p. 433; Hammerstein en Vranken 2003, nr. 13; Veldhuizen 2003, p. 97; Van den Berg 2001, p. 300-301; Van Dunné 2001, p. 654, Stolp 2001, p. 384. Vgl. verder Van Bijnen 2003, p. 737-738 en Veldman 2001, p. 736 die ook wijst op dit 'opvallende' verschil in keuzevrijheid. Hartlief betwijfelt evenwel of het arrest zo sterk verschilt van hetgeen de Hoge Raad in het kader van art. 6:265 lid 1 doet. Ook daar laat de Hoge Raad ruimte om in het kader van de uitzonderingsclausule rekening te houden met het belang van de wederpartij. Daarbij wijst Hartlief erop dat beslissend is de vraag hoe indringend de toetsing van de keuzevrijheid van de schuldeiser is in het genoemde arrest kan de in concreto gemaakte keuze uiteindelijk wel degelijk door de beugel. Daarom is het volgens hem maar de vraag of in het kader van de keuze tussen nakoming en schadevergoeding niet evenzeer een regel/uitzondering aan de orde is als in het kader van art. 6:265 lid 1 Verbintenissenrecht (Hartlief), art. 265, aant. 11 en Hartlief 2003, p. 63. Zie nader over de verhouding tussen nakoming en schadevergoeding: § 11.4. Overigens wordt door Van Nispen 2003, nr. 11 uit het arrest meer in het algemeen de regel afgeleid dat de vrijheid van de schuldeiser om te kiezen tussen ontbinding, vervangende schadevergoeding of nakoming met aanvullende schadevergoeding onderhevig is aan beperkingen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Zie voorts Beenders en Van 't Hullenaar 2005, p. 908-909 die als aanbeveling doen art. 6:265 lid 1 te wijzigen en een norm te creëren die geïnspireerd is op de regel uit het Multi Vastgoed/Nethou arrest.

52 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 43, 53 en reeds eerder in 1997, p. 128. In zelfde zin: Van Beukering-Rosmuller 2004, p. 433-435 (met name ten aanzien van commerciële relaties).

53 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 43.

Hammerstein en Vranken komen tot de invoering van de nieuwe (hoofd)remedie tot wijziging van de overeenkomst na vergelijking van de ontbinding met de remedie van vernietiging wegens dwaling. Daartoe wijzen zij erop dat de schuldeiser ingeval van niet-nakoming meestal de keuze heeft tussen vernietiging wegens dwaling en ontbinding wegens tekortkoming.⁵⁴ Wanneer de schuldeiser de vernietiging inroept, kan de schuldenaar ter afwering een wijzigingsvoorstel doen dat het nadeel afdoende opheft (art. 6:230 lid 1). Daarnaast kan de rechter op verlangen van een der partijen in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst wijzigen (art. 6:230 lid 2). De vernietiging wordt aldus aanzienlijk gerelativeerd door (uitoefening van) de 'wijzigingsremedie'. Als de schuldeiser daarentegen zijn vordering baseert op de tekortkoming staat de schuldenaar géén wijzigingsmogelijkheid ten dienste. Sterker nog, de schuldeiser heeft in het algemeen *recht* op ontbinding waartegen de schuldenaar (zeer) weinig kan inbrengen. De schuldeiser die kan kiezen tussen 'dwaling' en 'wanprestatie' heeft het dus volledig in eigen hand om iedere discussie over wijziging van de overeenkomst de pas af te snijden. Hij behoeft daarvoor niet meer te doen dan zijn vordering te baseren op ontbinding wegens tekortkoming.⁵⁵ Kortom: bij de vernietigingsremedie wegens dwaling speelt het externe subsidiariteitsbeginsel door de mogelijkheid tot wijziging van de overeenkomst een veel grotere rol dan bij de ontbindingsremedie wegens tekortkoming.⁵⁶ Immers, als de wijziging het nadeel van de schuldeiser afdoende opheft, is de vernietiging hieraan subsidiair. Volgens Hammerstein en Vranken bestaat voor dit verschil geen enkele rechtvaardiging. Vernietiging is namelijk, ondanks haar terugwerkende kracht, niet een zwaardere of meer ingrijpende sanctie dan ontbinding.⁵⁷ Nu tussen beide remedies geen relevant verschil in zwaarte bestaat, bepleiten Hammerstein en Vranken – via analoge toepassing van art. 6:230⁵⁸ – een wijzigingsremedie bij ontbinding die vergelijkbaar is met die bij vernietiging.⁵⁹

Door een aantal aanhangers van de moderne benadering wordt de (externe subsidiariteits)gedachte van Hammerstein en Vranken weliswaar onderschreven, maar wordt gesteld dat aan een afzonderlijke wijzigingsremedie geen behoefte bestaat omdat het gewenste resultaat grotendeels door gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst

54 Uitvoering over de samenloop tussen dwaling en niet-nakoming Smits 1999.

55 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 41.

56 In dezelfde zin Hammerstein en Vranken 2003, nr. 38.

57 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 43.

58 Aldus volgt uit de noot van Vranken onder HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (Mol c.s./Meijer Beheer BV).

59 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 43, 53. Daartoe stellen zij dat het fraai zou zijn als de wijzigingsremedie in het algemeen deel van het rechtshandelingen- of overeenkomstenrecht in één gezamenlijke bepaling zou worden opgenomen, maar nodig achten zij dit niet, nu het huidige recht voldoende aanknopingspunten zou bieden om hetzelfde met behulp van rechterlijke rechtsvorming te bereiken. Vgl. overigens ook Abas 1994, p. 663 en Linssen 1997, p. 65-66, 69 die menen dat invoering van de wijzigingsremedie bij ontbinding de moeite waard is.

kan worden bereikt.⁶⁰ Ook Valk heeft onlangs geschreven dat de argumenten van Hammerstein en Vranken op zichzelf sterk zijn, maar aangevoerd dat een analoge toepassing van de wijzigingsremedie bij ontbinding kan worden gemist, en wel omdat via toetsing aan de tenzij-clausule de mogelijkheid tot nakoming in combinatie met aanvullende schadevergoeding reeds een rol zal kunnen spelen.⁶¹ Kennelijk is Valk dus van oordeel dat de beperkte wijze waarop de ontbinding volgens de heersende leer subsidiair is aan nakoming met aanvullende schadevergoeding afdoende is. Valk is evenwel niet de enige die meent dat de huidige opvatting aangaande (de beperkte invloed van) het externe subsidiariteitsbeginsel juist is. Zo hebben diverse auteurs het, in reactie op de moderne benadering, opgenomen voor het wettelijk uitgangspunt van het recht op ontbinding en de uitzonderlijke gelding van de tenzij-clausule.

5.3.8 *Tegenstanders*

Volgens Hartkamp heeft het in de moderne benadering verdedigde beginsel van het redelijk alternatief zeker waardevolle kanten, daar het terecht benadrukt dat ontbinding bepaald niet steeds de meest in aanmerking komende oplossing is. Aanvaarding van het beginsel 'in deze algemene vorm' gaat hem evenwel te ver. Zo doet een dergelijke beperking van de ontbindingsremedie naar zijn mening teveel afbreuk aan de zekerheid die in het handelsverkeer wordt vereist.⁶² Juist ook met het oog op de rechtszekerheid, heeft Van Nispen recentelijk de kritiek van de moderne benadering verworpen. Zo schrijft hij dat tegenover de critici van het recht op ontbinding die meer oog hebben voor de belangen van de tekortschietende schuldenaar en geloven dat de rechter mits voorzien van allerlei discretionaire bevoegdheden tot de 'juiste' oplossing zal komen, anderen staan – waaronder Van Nispen zelf – die grote waarde hechten aan het beginsel 'pacta sunt servanda' en aan de rechtszekerheid, en een voorkeur hebben voor het goed hanteerbare stelsel van art. 6:265.⁶³

Naast het belang van de rechtszekerheid wijst Hartkamp verder nog op de positie van een particuliere schuldeiser tegenover zijn professionele (tekortschietende) wederpartij, die volgens hem door toepassing van het beginsel van het redelijk alternatief te zeer zou worden ondergraven.⁶⁴ Bovendien kan volgens Hartkamp in het kader van de, op redelijkheid en billijkheid gebaseerde, tenzij-clausule reeds voldoende

60 Veldhuizen 2003, p. 98, Stolp 2000, p. 356, Smits 1999, p. 94. Vgl. ook Nieuwenhuis 1995, p. 40 die opmerkt dat aanpassing van de overeenkomst veelal de voorkeur geniet boven ontbinding. Hij bepleit echter evenmin een afzonderlijke wijzigingsremedie, maar stelt dit voor in het kader van gedeeltelijke ontbinding. Zie nader over de verhouding van algehele ontbinding tot gedeeltelijke ontbinding: hoofdstuk 6.

61 Valk 2003, p. 137.

62 Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516. Vgl. ook Asser-Hijma 2001, nr. 496 die hiertoe verwijst naar een passage uit de wetsgeschiedenis.

63 Van Nispen 2003, nr. 26 en nr. 11.

64 Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516. In vergelijkbare zin Hondius 1994, p. 219 die evenzeer meent dat de moderne benadering te ver doorslaat en daartoe aanvoert dat juist aanleiding kan bestaan om het recht op ontbinding in de consumentensector onverkort te handhaven.

rekening worden gehouden met de belangen van de tekortschietende schuldenaar.⁶⁵ Evenzo heeft Valk gesteld dat bij de toetsing aan de tenzij-clausule een zodanige speelruimte aan de rechter wordt gelaten dat voldoende rekening kan worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van beide partijen.⁶⁶ In dat verband citeert hij de opvatting van Hijma die in zijn noot onder het arrest Twickler/R. 'de spijker op de kop zou slaan' door te stellen dat denkbaar is dat de relativiserende tendens in de literatuur allengs leidt tot een intensiever gebruik van de tenzij-clausule. Deze opvatting heeft Hijma in zijn bewerking van het Asser-deel over de koop en ruil herhaald.⁶⁷ Dit is opmerkelijk nu hij in de voorgaande bewerking van dit Asser-deel de moderne benadering in krachtige(r) taal van de hand wees en de teleurgestelde crediteur juist (meer) keuzevrijheid wilde laten om al dan niet tot ontbinding over te gaan. De reden hiervoor zou gelegen zijn in het sanctiekarakter van de ontbinding: 'het is een wettelijk machtsmiddel van de crediteur die niet ontvangt waarop hij recht heeft'.⁶⁸ Dit sanctiekarakter wordt door Hijma thans niet meer aangehaald. Doordat hij verder stelt dat het wettelijk uitgangspunt van een recht op ontbinding niet in de weg staat aan een ruimhartiger toepassing van de tenzij-clausule,⁶⁹ lijkt Hijma iets genuanceerder te zijn geworden in zijn opvatting en lijkt hij, in navolging van Hartkamp, toch een zekere waarde toe te kennen aan de relativiseringsgedachten van de moderne benadering. Doordat ook Hijma evenwel aan het wettelijk model vasthoudt, wenst hij voor het beginsel van het redelijk alternatief een kleinere rol weg te leggen dan de aanhangers van de moderne benadering; behoud van het recht op ontbinding blijft het devies, slechts in bijzondere gevallen kan een uitzondering worden aangenomen.

Meer rigoureuus in zijn verwerping is De Vries. Zo wijst hij het beginsel van het redelijk alternatief, door hem de subsidiariteitseis genoemd, zonder meer af.⁷⁰ De reden die hij hiertoe aanvoert, is gelegen in het sanctiekarakter van de ontbinding. De Vries stelt namelijk dat ontbinding weliswaar de meest ingrijpende maatregel is die de schuldeiser naar aanleiding van de tekortkoming kan nemen, maar dat zij toch niet kan worden gemist in het sanctie-arsenaal. Immers, zo vervolgt hij, ontbinding is de enige sanctie op een tekortkoming die de teleurgestelde schuldeiser in staat stelt te voorkomen dat hij blijft opgezadeld met een tekortschietende schuldenaar; alle 'redelijke alternatieven' leiden ertoe dat de schuldeiser in meerdere of mindere mate de relatie met zijn tekortschietende wederpartij moet voortzetten.⁷¹ Ook de nadere invulling van het externe subsidiariteitsbeginsel zoals door Hammerstein en Vranken verdedigd, die eruit bestaat dat bij ontbinding een wijzigingsremedie wordt erkend, wordt door De Vries verworpen. Volgens De Vries mag de teleurgestelde schuldeiser

65 Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516.

66 Valk 2003, p. 137 en dezelfde 1997, p. 1222.

67 Asser-Hijma I 2001, nr. 497.

68 Asser-Hijma I 1994, nr. 497. Vgl. ook Tjittes 2000, p. 42 die ten aanzien van het sanctiekarakter van ontbinding benadrukt dat het uitgangspunt van een recht op ontbinding bevordert dat schuldenaren de beloofde prestaties nakomen.

69 Asser-Hijma I 2001, nr. 497.

70 De Vries 1997, p. 149.

71 De Vries 1997, p. 151.

niet met een surrogaat, te weten wijziging van de overeenkomst, worden afgescheept.⁷² Hij rechtvaardigt dit door erop te wijzen dat partijen bij het aangaan van een wederkerige overeenkomst tussen de over en weer te verrichten prestaties een verband hebben gelegd, het uitruilverband ('do ut des'). Juist dit verband brengt nu volgens De Vries mee dat het in strijd met de billijkheid zou zijn, indien een partij jegens wie tekortgeschoten wordt, zich niet zou kunnen bevrijden van de prestatie die zij in ruil voor de niet (deugdelijk) verrichte prestatie had toegezegd.⁷³

Samenvattend kan worden gesteld dat de tegenstanders van de moderne benadering instemmen met het recht op ontbinding en de geringe invloed van de tenzij-clausule. Zij verwerpen een verdergaande toepassing van het externe subsidiariteitsbeginsel dan thans op grond van de heersende leer geldt en nemen derhalve als *hoofddregel* aan dat ontbinding noch subsidiair is aan nakoming met aanvullende schadevergoeding, noch aan vervangende schadevergoeding.

5.4 De rechtspraak

Korte tijd na het verschijnen van de proefschriften van Bakels en Hartlief is in de zaak *Tromp c.s./Regency Residence NV* aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of wij 'van een hoofddregel (...) dienen te gaan naar een vuistregel: ontbinding is als meest ingrijpende maatregel pas gerechtvaardigd, als de schuldeiser geen minder vergaande middelen kan aanwenden.' Met een beroep op deze regel bevatte het (incidenteel) cassatiemiddel de klacht dat in casu aan de belangen van de schuldeisers (*Tromp c.s.*) volledig tegemoet kon worden gekomen door middel van nakoming met schadevergoeding, zodat de wanprestatie niet zodanig was dat die de (gedeeltelijke) ontbinding rechtvaardigde. Daarmee werd dus bepleit dat ontbinding ingevolge de tenzij-clausule subsidiair is aan nakoming met aanvullende schadevergoeding.

De Hoge Raad is heel duidelijk in zijn oordeel:⁷⁴

72 De Vries 1997, p. 154-155

73 De Vries 1997, p. 154-155. Vgl. recent ook De Jong 2003, p. 87 die stelt dat het vooropstellen van het recht op ontbinding juist is voor een algemene basisregeling zoals art. 6:265 BW. Ook zij voert hiertoe als rechtvaardiging aan het wederkerige karakter van de overeenkomst. Zo schrijft zij 'als het aanvankelijk door partijen beoogde evenwicht wordt doorbroken door één van hen, is naar mijn mening het uitgangspunt van een ontbinding in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid.' Een afwijking op de ontbindingsmogelijkheid zal volgens haar dan ook moeten worden geschrapt met goede argumenten.

74 HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (*Tromp c.s./Regency Residence NV*), r.o. 5. Zie in een ander verband de stelling dat de rechter had moeten onderzoeken of met een andere, lichtere sanctie had kunnen worden volstaan gezien de zeer ingrijpende gevolgen van de gekozen remedie (ontslag op staande voet). HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 489 (Van der Wal/Junius). In overeenstemming met het *Tromp c.s./Regency Residence*-arrest oordeelt de Hoge Raad ook hier dat deze stelling geen steun vindt in het recht, waarmee hij dus (wederom) een toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel afwijst.

'De door het middel verdedigde opvatting vindt geen steun in het recht van Aruba, dat op dit punt niet verschilt van het Nederlandse recht zoals dit gold tot 1 januari 1992 en zoals dit sedertdien geldt. Indien wanprestatie van een contractspartij van dien aard is dat zij naar dat recht in beginsel ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, heeft de partij jegens wie deze wanprestatie is gepleegd, de keuze tussen de hem, mede als gevolg van die wanprestatie, ten dienste staande bevoegdheden en brengt geen regel van dat recht mee dat van ontbinding zou behoren te worden afgezien op de enkele grond dat de schuldeiser door een alternatief – bij voorbeeld nakoming met schadevergoeding – niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren, laat staan dat de rechter deze mogelijkheid ambtshalve zou dienen te onderzoeken.'

Een binnen de tenzij-clausule uit te voeren toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel wordt in dit arrest dus onverbiddelijk van tafel geveegd; ontbinding is volgens de Hoge Raad nimmer subsidiair aan redelijke alternatieven.⁷⁵ Expliciet wordt daartoe genoemd de remedie nakoming met aanvullende schadevergoeding, maar gelet op de algemene formulering waarin het oordeel is gegoten, is alleszins aannemelijk dat ontbinding volgens de Hoge Raad evenmin ondergeschikt is aan vervangende schadevergoeding.

Vijf jaar later heeft de Hoge Raad in zelfde zin beslist in de zaak tussen Mol c.s. en Meijer Beheer BV. Door Mol c.s. was tekortgeschoten in een aantal in de koopovereenkomst opgenomen garantiebepalingen die – kort gezegd – erop neerkwamen dat hij ten aanzien van de verkochte (aandelen in zijn) vennootschap openheid van zaken had gegeven. Later bleek, naar aanleiding van een aantal (fikse) navorderingsaanslagen, dat hij had verzwegen dat er illegaal afvalwater was geloodst waardoor aanzienlijk was bespaard op de exploitatiekosten. Daardoor was een vertekend beeld gegeven van de financiële situatie van de vennootschap. De hierop door Meijer Beheer gevorderde ontbinding werd door het hof toegewezen. In cassatie voert Mol c.s. als stelling aan 'dat naar huidige rechtsopvattingen van de mogelijkheid van ontbinding van een overeenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis een terughoudend gebruik moet worden gemaakt in dier voege, dat ook indien zich niet het geval voordoet dat wegens de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming – als bedoeld in art. 6:265 lid 1 BW – ontbinding ongerechtvaardigd is, het de schuldeiser niet vrijstaat te kiezen voor ontbinding van de overeenkomst wanneer aan hem een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres ter beschikking staat.'⁷⁶ Zo zou Meijer Beheer volgens Mol c.s. in dit geval aanvullende schadevergoeding (betaling van de navorderingsaanslagen) als passende wijze van redres ten dienste staan. Aldus wordt – opnieuw – een toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel verdedigd, nu echter niet krachtens de tenzij-clausule,

75 Anders Hartlief 1997, p. 202 die stelt dat men de overweging van de Hoge Raad nog zo zou kunnen lezen dat zij enige ruimte laat in die zin dat bij de vraag of de wanprestatie de ontbinding rechtvaardigt, betekenis kan toekomen aan minder vergaande alternatieven. Gelet op het feit dat in het cassatiemiddel de toepassing van het externe subsidiariteitsbeginsel met een beroep de tenzij-clausule werd verdedigd, is hetgeen Hartlief stelt nu juist wat door de Hoge Raad wordt verworpen.

76 Aldus wordt de klacht van Mol c.s. door de Hoge Raad in r.o. 3.4 samengevat.

maar op grond van de meer algemene gedachte dat van de ontbinding terughoudend gebruik moet worden gemaakt.

Alvorens het oordeel van de Hoge Raad te bespreken, merk ik op dat de stelling van Mol c.s. dat in verhouding tot ontbinding de aanvullende schadevergoeding een 'passende wijze van redres' vormt, onhoudbaar is. Aanvullende schadevergoeding kan 'sec' genomen immers nooit een volwaardig alternatief opleveren voor ontbinding. Toegespitst op de casus geldt namelijk dat met de door Mol c.s. aangeboden betaling van de navorderingsaanslagen (de vergoeding van de aanvullende schade), de tekortkoming nog niet is weggenomen. Zo blijft de schuldeiser Meijer Beheer zitten met een vennootschap die van een veel mindere ('financiële' kwaliteit) is dan is overeengekomen en gegarandeerd. Het nadeel dat bestaat uit deze kwalitatief mindere prestatie kan alleen door nakoming (hetgeen i.c. onmogelijk is) of ontbinding worden opgeheven; aanvullende schadevergoeding vormt hiervoor geen remedie.

Wat hiervan ook zij, de Hoge Raad stelt onomwonden dat niet als juist kan worden aanvaard de stelling van Mol c.s. dat het de schuldeiser niet vrijstaat te kiezen voor ontbinding wanneer aan hem een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres ter beschikking staat. In navolging van het Tromp c.s./Regency Residence-arrest wordt dus aangenomen dat als de schuldeiser op grond van art. 6:265 lid 1 tot ontbinding wenst over te gaan, géén toetsing dient plaats te vinden aan het externe subsidiariteitsbeginsel; de – door de schuldenaar aangeboden – nakoming met aanvullende schadevergoeding dan wel de – aangeboden – vervangende schadevergoeding staat niet aan de ontbinding in de weg.

Als ik het goed zie, menen Hammerstein en Vranken evenwel dat de besproken arresten zijn achterhaald door het (nadien gewezen) arrest inzake Multi Vastgoed/Nethou. Zo schrijven zij dat de Hoge Raad zich in Tromp c.s./Regency Residence en in Mol c.s./Meijer Beheer weliswaar zeer terughoudend heeft opgesteld tegenover de leer van het redelijk alternatief,⁷⁷ maar dat hij wel oog heeft voor de toepassing van de *redelijkheid en billijkheid* als het gaat om de beperking van de schuldeiser bij het kiezen van een bepaalde remedie voor een tekortkoming, waartoe zij dus het Multi Vastgoed/Nethou-arrest aanhalen.⁷⁸ In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de schuldeiser bij de keuze tussen de remedies van nakoming en schadevergoeding niet volledig vrij is, doch daarbij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid mede in verband met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁷⁹ Hammerstein en Vranken trekken deze lijn dus door naar de keuze tussen ontbinding, nakoming en/of (aanvullende resp. vervangende) schadevergoeding. Daartoe wijzen zij erop dat de Hoge Raad in het Mol c.s./Meijer Beheer-arrest heeft erkend dat niet alleen de tenzij-clausule, maar ook de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2) aan ontbinding in de weg kan staan, zij het dat voor de redelijkheid en billijkheid slechts 'een beperkte ruimte is opengelaten' gezien de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van art.

77 In de vorige druk uit 1998 schrijven zij in nr. 13 nog: 'De Hoge Raad heeft zich tot nu toe tegenover de leer van het redelijk alternatief terughoudend, zo niet ronduit afwijzend opgesteld.'

78 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 13

79 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou)

6.265⁸⁰ Hieruit leiden Hammerstein en Vranken af dat de redelijkheid en billijkheid (oftewel het externe subsidiariteitsbeginsel) slechts in beperkte mate aan de keuze voor ontbinding in de weg kan staan. De reden hiervoor is volgens Hammerstein en Vranken hierni gelegen dat ook weer niet te spoedig mag worden aangenomen dat een andere oplossing dan ontbinding aangewezen is. In elk geval zou sprake moeten zijn, zo vervolgen zij, van een voldoende gewichtig belang van de tekortschietende schuldenaar wil daarin grond gevonden kunnen worden voor afwijzing van een vordering tot ontbinding.⁸¹

Volgens mij is het standpunt van Hammerstein en Vranken onjuist. Uit het Multi Vastgoed/Nethou-arrest valt geenszins op te maken dat de Hoge Raad óók bij de ontbinding van oordeel is dat de schuldeiser op grond van de redelijkheid en billijkheid niet volledig vrij is in zijn keuze, maar gebonden is aan het externe subsidiariteitsbeginsel. Integendeel. Als gezien, heeft de Hoge Raad het beroep op het externe subsidiariteitsbeginsel (voor de tweede maal) expliciet afgewezen in het Mol c s /Meijer Beheer-arrest, een arrest dat slechts elf maanden vóór het Multi Vastgoed/Nethou-arrest is gewezen. Het feit dat de Hoge Raad in dat arrest tevens heeft aanvaard dat bij de ontbinding voor de redelijkheid en billijkheid een beperkte ruimte is opengelaten, maakt dit niet anders. Zo blijkt hier slechts uit dat de schuldenaar ter afwering van een onthindingsvordering in plaats van een beroep op de tenzij-clausule, de redelijkheid en billijkheid kan inroepen. Inhoudelijk zal dit echter weinig verschil maken. De Hoge Raad heeft immers juist voor de beperkte mate waarin de redelijkheid en billijkheid de ontbinding kan aantasten, uitdrukkelijk aangeknoopt bij de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van art. 6:265. Hieruit leid ik af dat als de schuldenaar ervoor kiest zich te beroepen op de redelijkheid en billijkheid, de ontbinding niet verdergaand beperkt kan worden dan de tenzij-clausule dit kan gelet op de bewoordingen en de wetsgeschiedenis van art. 6:265. Nu volgens de parlementaire toelichting binnen de tenzij-clausule géén rol is weggelegd voor een toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel, hetgeen in de arresten van Tromp c s /Regency Residence en Mol c s /Meijer Beheer is gevolgd, ligt het alleszins voor de hand dat een dergelijke toetsing volgens de Hoge Raad evenmin mogelijk is op grond van de redelijkheid en billijkheid. Vandaar dat de conclusie moet luiden dat als eenmaal terechtgekomen wordt in art. 6:265 lid 1, op grond van de rechtspraak geldt dat de schuldeiser vrijelijk mag kiezen, ontbinding is niet subsidiair aan nakoming met aanvullende schadevergoeding, noch aan vervangende schadevergoeding.

5.5 Art. 6:265 lid 1: keuzevrijheid

Aldus is komen vast te staan dat de schuldeiser op grond van art. 6:265 lid 1 keuzevrijheid toekomt. Reeds bij de totstandkoming van deze bepaling was dit het standpunt van de wetgever. Het pleidooi van de aanhangers van de moderne benadering voor

80 HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 m.nt. JBMV (Mol c s /Meijer Beheer BV), r.o. 3.4

81 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 13

aanvaarding van de vuistregel dat ontbinding pas mogelijk is als er geen redelijk alternatief voorhanden is, heeft hierin blijkens de rechtspraak geen verandering kunnen brengen. Het door Hammerstein en Vranken gedane voorstel tot aanvaarding van (de analogische toepassing van) de wijzigingsremedie bij de ontbinding is evenzeer gedoemd te worden verworpen. De Hoge Raad en de wetgever zijn eensgezind: alternatieve remedies staan aan ontbinding niet in de weg.

Daarmee wordt tevens duidelijk dat ook de in de literatuur gangbare opvatting inhoudende dat de rechter (een aanbod tot) nakoming met aanvullende schadevergoeding mag meewegen bij zijn oordeel over de gerechtvaardigheid van de ontbinding, geen steun vindt in het recht.⁸² Blijkens de rechtspraak en de wetsgeschiedenis geldt immers dat als eenmaal terecht gekomen wordt in art. 6:265 lid 1 het externe subsidiariteitsbeginsel is 'uitgewerkt'. Deze zienswijze is naar mijn idee juist.⁸³ Anders dan recent in de moderne benadering wordt bepleit, moet de in het Multi Vastgoed/Nethou-arrest aanvaarde externe subsidiariteitstoetsing bij de keuze tussen nakoming en schadevergoeding, níet worden doorgetrokken naar de keuze tussen ontbinding, nakoming en/of schadevergoeding.⁸⁴ De redenen waarom een toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel bij art. 6:265 lid 1 achterwege moet blijven, zullen hieronder eerst worden toegelicht voor de combinatie van de remedies van nakoming met aanvullende schadevergoeding. Daarna zal voor de vervangende schadevergoeding worden uiteengezet waarom het juist is dat de ontbinding hieraan niet subsidiair is.

5.6 Verhouding ontbinding tot nakoming met *aanvullende* schadevergoeding: het belang van de rechtszekerheid

Dat ontbinding niet subsidiair dient te zijn aan nakoming met aanvullende schadevergoeding als eenmaal wordt toegekomen aan art. 6:265 lid 1, heeft alles te maken met de fase die daaraan vooraf is gegaan. Zo moet worden bedacht dat op het moment dat de schuldeiser een ontbindingsmaatregel treft, voldaan zal (moeten) zijn aan het tweede lid van art. 6:265. In het algemeen betekent dit dat de schuldenaar, middels een ingebrekestelling, al een kans tot (correcte) nakoming heeft gehad. Nu hij die kans (om wat voor reden dan ook) niet heeft benut, is het verzuim ingetreden. Het externe subsidiariteitsbeginsel is op grond van het tweede lid dus al toegepast, met het belang van de schuldenaar is reeds rekening gehouden.

Daarbij komt dat zolang niet is ontbonden, het externe subsidiariteitsbeginsel zelfs in de periode die is gelegen tussen het intreden van het verzuim en de ontbinding,

82 Het onder het oude recht gewezen arrest van HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 695 m.nt. CJHB (Gallas/Mozes Oskam) waarnaar in de literatuur wordt verwezen, is achterhaald door art. 6:86 jo art. 6:266 lid 1 en door HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp c.s./Regency Residence NV) en HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m.nt. JBMV (Mol c.s./Meijer Beheer BV)

83 Anders nog: Stolp 2000, p. 353-354 en p. 359-360

84 Evenzeer anders nog: Stolp 2001, p. 384. Ook voor het aanvaarden van een externe subsidiariteitstoetsing op grond van de redelijkheid en billijkheid bij de nakomingsremedie bestaan overigens geen goede gronden. Zie nader. § 11.4

via art. 6:86 jo art. 6:266 lid 1 nog van toepassing blijft – zij het met een iets andere invulling dan voorafgaand aan het verzuim.⁸⁵ Want als de niet-nagekomen verbintenis nog bestaat en nakoming nog mogelijk is, heeft een aanbod tot nakoming mét aanvullende schadevergoeding tot gevolg dat de schuldeiser niet kan overgaan tot ontbinding. Bij weigering van dat aanbod geraakt hij immers zelf in (schuldeisers)verzuim, hetgeen krachtens art. 6:266 lid 1 ontbinding onmogelijk maakt.

Is de ontbindingsverklaring eenmaal ontvangen of is de ontbindingsvordering eenmaal ingesteld en doet de schuldenaar op dát moment een aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding, dan moet dit niet (langer) aan ontbinding in de weg kunnen staan. Alsdan is mijns inziens het punt bereikt waarop het externe subsidiariteitsbeginsel plaats moet maken voor de rechtszekerheid. Dit geldt met name gelet op het belang van de schuldeiser. Hij heeft de minder vergaande weg van nakoming doorgaans al bewandeld, zij het tevergeefs. Daarna moet hij er van uit kunnen gaan dat ontbinding mogelijk is, zonder de kans te lopen dat zijn verklaring of vordering niet wordt geaccepteerd omdat de schuldenaar hierna alsnog een aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding heeft gedaan. Wordt dit immers aangenomen dan komt achteraf vast te staan dat hij het (te late) aanbod ten onrechte heeft geweigerd, waardoor hij in schuldeisersverzuim is geraakt met alle nadelige gevolgen van dien. De gevolgen van toepassing van het externe subsidiariteitsbeginsel bij art. 6:265 lid 1 kunnen voor de schuldeiser dus ernstig zijn, terwijl anderzijds de schuldenaar zijn kans(en) al heeft gehad. Maar ook gelet op het belang van de schuldenaar is het gewenst dat er een moment is waarop ondubbelzinnig vaststaat dat ontbinding niet langer ondergeschikt is aan nakoming met aanvullende schadevergoeding. De schuldenaar weet dan namelijk ook waar hij aan toe is, zodat hij zich niet meer hoeft in te spannen om alsnog (behoorlijk) te kunnen nakomen in de hoop daarmee de ontbinding af te wenden. Het is kortom irrealistisch en onredelijk om het externe subsidiariteitsbeginsel almaar door te blijven voeren, het moet wijken voor het belang van de rechtszekerheid.

Nu bleek dat in de literatuur wordt verdedigd dat de invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel nadat de verklaring is ontvangen of de vordering is ingesteld, enkel kan worden aanvaard wanneer de schuldeiser overgaat tot ontbinding zónder vooraf een termijn voor nakoming te hebben geboden. In art. 6:265 lid 1 zou dus 'slechts' getoetst moeten worden aan het beginsel als het in de voorafgaande fase nog geen toepassing heeft gevonden. In hoofdstuk 3, dat gaat over de verhouding van ontbinding tot nakoming, zijn de gevallen behandeld waarin de schuldeiser direct kan overgaan tot ontbinding zonder dat hij zijn tekortschietende schuldenaar eerst een kans tot (correcte) nakoming hoeft te bieden.⁸⁶ Gebleken is daar dat de reden waarom de minder vergaande nakomingsremedie niet eerst hoeft te worden beproefd,

85 Als gezien, kan de schuldeiser deze werking van het externe subsidiariteitsbeginsel voorkomen door de ingebrekestelling te combineren met een voorwaardelijke ontbindingsverklaring of met een voorwaardelijke dagvaarding. In dat geval is de ontbinding immers een feit op het moment dat de termijn uit de ingebrekestelling vruchteloos is verstreken, zodat de niet-nagekomen verbintenis niet langer bestaat en de schuldenaar dus geen aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding kan doen.

86 Zie § 3.3

in het merendeel van de gevallen voortvloeide uit het externe subsidiariteitsbeginsel zelf: zo is in deze situaties de ontbinding niet subsidiair aan nakoming, omdat nakoming het geschonden belang van de schuldeiser in het geheel niet of niet evengoed als de ontbinding kan behartigen. Dit betekent dat het beginsel in die gevallen evenmin (alsnog) van invloed kan zijn op het moment dat de rechter heeft te oordelen over de vraag of de ontbindingsverklaring terecht is uitgebracht, dan wel of de ontbindingsvordering moet worden toegewezen: ook dan zal geoordeeld moeten worden dat de nakoming de schuldeiser niet genoegzaam kan dienen. Alsnog toepassing van het externe subsidiariteitsbeginsel door de rechter is in deze gevallen dus zinloos, nu zij niet tot een andere uitkomst zal (kunnen) leiden: ontbinding was in eerste instantie al niet ondergeschikt aan nakoming en kan hieraan niet alsnog subsidiair worden als de rechter moet oordelen over de ontbinding.

Hetzelfde moet naar mijn idee gelden voor het handjevol gevallen waarin het externe subsidiariteitsbeginsel in de voorfase 'daadwerkelijk' wordt doorkruist. Gebleken is dat een 'ware' uitzondering op het subsidiariteitsbeginsel zich in de volgende gevallen voordoet: (i) partijen hebben gekozen voor het opnemen van een fatale termijn in de overeenkomst (art. 6:83 sub a); (ii) de schuldenaar heeft zijn recht verwerkt door te erkennen in verzuim te zijn of door de schuldeiser te ontslaan van het uitbrengen van een ingebrekestelling met aanmaning (art. 6:83 jo art. 6:248) en (iii) de schuldenaar heeft opzettelijk wanprestatie gepleegd (art. 6:83 jo art. 6:248). Nu het verzuim in deze gevallen van rechtswege intreedt, kan de schuldeiser direct ontbinden zonder voorafgaand een termijn voor nakoming te bieden. Zoals opgemerkt, wordt in de literatuur evenwel aanvaard dat als de schuldeiser overgaat tot het treffen van een ontbindingsmaatregel zónder de schuldenaar eerst een termijn tot nakoming geboden te hebben, de ontbinding sneller subsidiair is aan nakoming met aanvullende schadevergoeding ook al wordt dit na de ontvangst van de verklaring of dagvaarding gedaan.

Men moet evenwel beseffen dat het externe subsidiariteitsbeginsel in de genoemde gevallen opgeofferd wordt voor andere waarden. Ingeval van (i) de fatale termijn is dit het beginsel van contractvrijheid in samenhang met het belang van de rechtszekerheid; bij (ii) de rechtsverwerking kan worden gedacht aan de bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen dat door 'toedoen' van de schuldenaar bij de schuldeiser is ontstaan en bij (iii) de opzettelijke wanprestatie gaat het om de gedachte dat wie willens en wetens verkeerd presteert het aan zichzelf te wijten heeft dat hij geconfronteerd wordt met ontbinding en niet alsnog een kans tot behoorlijke nakoming behoort te krijgen. Dat deze waarden vóór het externe subsidiariteitsbeginsel gaan, is naar mijn mening alleszins gerechtvaardigd; ook de rechter zal zich aan deze voorrang moeten houden en een externe subsidiariteitstoetsing achterwege moeten laten als hij moet oordelen over de gegrondheid van de ontbindingsverklaring of -vordering. Is men daarentegen van mening dat in de genoemde gevallen het externe subsidiariteitsbeginsel toch nog een rol moet kunnen spelen, zoals bijvoorbeeld wordt gesteld voor het geval waarin een (fatale) termijn voor nakoming is afgesproken,⁸⁷ dan dient de

87 In deze zin bijvoorbeeld Bakels 1993, p. 249.

regel op grond waarvan het externe subsidiariteitsbeginsel in eerste instantie is uitgeschaakeld (art. 6:83 sub a) te worden geschrapt. Anders ontstaat namelijk de inconsequente en onwenselijke situatie dat het externe subsidiariteitsbeginsel enerzijds duidelijk de pas wordt afgesneden en ontbinding direct mogelijk is, terwijl anderzijds 'als puntje bij paaltje komt' de rechter de schuldeiser er niettemin toe kan dwingen dat hij, in plaats van ontbinding, alsnog genoeg moet nemen met nakoming en schadevergoeding. Duidelijkheid is geboden.⁸⁸

Kortom: de rechtvaardiging voor het ontbreken van een toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel bij art. 6:265 lid 1 is gelegen in de voorafgaande fase. Daarin staat immers het belang van de schuldenaar op de voorgrond. Althans in de regel. Wanneer dit niet het geval is omdat rauwelijks kan worden ontbonden, bestaan hiervoor evenwel goede gronden; ook in zoverre is de afwezigheid van het externe subsidiariteitsbeginsel dus gerechtvaardigd. Naar mijn idee hebben de aanhangers van de moderne benadering juist deze voorfase uit het oog verloren, waardoor een vertekend beeld is ontstaan. Deze verkeerde voorstelling is – wellicht – nog versterkt doordat in de literatuur ten onrechte wordt gesteld dat in uitzonderlijke gevallen een aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding gedaan nádat een ontbindingsverklaring is ontvangen dan wel nadat een ontbindingsvordering is ingesteld, door de rechter mag worden meegewogen. Het kan dan ook niet genoeg benadrukt worden dat naar huidig recht – terecht – geldt dat als de ontbindingsverklaring of –vordering ex art. 6:265 lid 1 eenmaal is ontvangen resp. ingesteld, de remedies van nakoming en aanvullende schadevergoeding de schuldeiser niet (langer) kunnen worden tegengeworpen.

5.7 Verhouding ontbinding tot *vervangende* schadevergoeding

Uit de wetsgeschiedenis blijkt expliciet dat de schuldeiser vrijstaat te kiezen tussen ontbinding of vervangende schadevergoeding. Uit de besproken rechtspraak is duidelijk geworden dat bij ontbinding (in meer algemene bewoordingen) de externe subsidiariteitstoetsing is verworpen; ook daar geldt dus dat ontbinding niet subsidiair is aan (een aanbod tot) vervangende schadevergoeding. In de literatuur wordt nauwelijks geschreven over de verhouding tussen ontbinding en vervangende schadevergoeding.

88 Vgl. Hartlief 2000, p. 900-901 die eveneens stelt dat de rechtspraak het meest is gediend met een vrij strikte toepassing van de verzuimregeling, omdat duidelijkheid omtrent de vraag of een ingebrekestelling is vereist voor het rechtsverkeer van groot belang is. Ook Streefkerk 2004, p. 28-29 heeft gepleit voor een voorspelbaar systeem en gesteld dat een terughoudend gebruik gemaakt moet worden van een beroep op de redelijkheid en billijkheid. In vergelijkbare zin: Van den Brink 2005, p. 203 en Van Bijnen 2005, p. 251-252. Enigszins anders: Janssen en Van Rossum 2004, p. 67 die juist meer ruimte voor de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voorstaan. Daartoe voeren zij aan dat een strikte uitleg van de verzuimregeling ten koste gaat van schuldeisers die geconfronteerd worden met wanprestatie en dat de verhouding tussen schuldeiser-schuldenaar steeds en dus ook op het gebied van ingebrekestelling en verzuim wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid.

Hiervoor heb ik reeds opgemerkt het zonder meer juist te achten dat het externe subsidiariteitsbeginsel in art. 6:265 lid 1 is 'uitgewerkt'. In mijn visie kan de vervangende schadevergoeding dus evenmin in de weg staan aan de ontbinding. De gronden die de afwezigheid van deze nevenschikking rechtvaardigen, komen thans aan de orde. Daartoe moet onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende gevolgen van de vervangende schadevergoedingsremedie. Zo kan zij, afhankelijk van de inhoud van de niet-nagekomen verbintenis, in het ene geval het equivalent zijn van (wederzijdse) nakoming, terwijl zij in een ander geval juist gelijkwaardig is aan ontbinding.

5.7.1 *Vervangende schadevergoeding als equivalent van ontbinding. géén minder vergaande remedie*

Aan één zijde van een wederkerige overeenkomst staat vrijwel altijd een verbintenis tot het betalen van een som geld. Wanneer deze verbintenis tot betaling op de schuldeiser rust, zijn de gevolgen van de vervangende schadevergoedingsremedie voor de schuldenaar nagenoeg 'even verstrekkend' als de gevolgen van de ontbindingsremedie. Zoals hieronder zal blijken, maakt het praktisch gezien dan niet uit of de schuldeiser overgaat tot ontbinding dan wel tot het vorderen van vervangende schadevergoeding; het resultaat waartoe beide remedies leiden, is in dat geval (vrijwel) gelijk. Hoewel dus gesteld kan worden dat de vervangende schadevergoeding een alternatief vormt voor ontbinding, levert zij in dit geval géén voor de schuldenaar *minder vergaand* alternatief op.

Bedacht moet namelijk worden dat wanneer de schuldeiser al heeft betaald, hij meestal 'zijn geld terug wil'. Aangenomen dat de schuldenaar in verzuim is geraakt,⁸⁹ kan hij kiezen tussen ontbinding en vervangende schadevergoeding. Kiest de schuldeiser voor ontbinding dan ontstaan er ongedaanmakingsverbintenissen, zodat hij hetgeen hij reeds had betaald terug krijgt;⁹⁰ vordert hij vervangende schadevergoeding dan ontvangt hij strikt genomen niet het reeds betaalde terug, maar de waarde van de (niet-verrichte) prestatie van de schuldenaar.⁹¹ Deze waarde zal doorgaans identiek zijn aan het bedrag dat de schuldeiser voor de prestatie heeft betaald. Dit betekent dat de schuldenaar een gelijk bedrag aan vervangende schadevergoeding moet voldoen als de schuldeiser reeds heeft betaald. Voor partijen is de keuze voor ontbinding of vervangende schadevergoeding in dat geval dus 'lood om oud ijzer': beide remedies

89 Zie art. 6:265 lid 2 en art. 6:74 lid 2

90 Uiteraard onder teruggave van hetgeen hij reeds van de schuldenaar ontvangen heeft

91 Nu de schuldeiser door het vorderen van vervangende schadevergoeding het eventueel gepresteerde afwijst en dit dus niet als nakoming van de verbintenis accepteert, staat vast dat het gepresteerde zonder rechtsgrond is verricht zodat hij hetgeen hij reeds ontvangen had (op grond van onverschuldigde betaling) eveneens dient te restitueren. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 377, Verbintenissenrecht (Wissink), art. 87, aant. 7

hebben tot gevolg dat de betaling door de schuldeiser meebrengt dat een zelfde som geld door de schuldenaar moet worden teruggegeven.⁹²

Heeft de teleurgestelde schuldeiser nog niet betaald en verkeert de schuldenaar in verzuim, dan zal hij niet alsnog willen betalen en van de overeenkomst af willen. Uiteraard kan door ontbinding bewerkstelligd worden dat hij bevrijd raakt van zijn verbintenis tot betaling en de overeenkomst wordt beëindigd. Bij uitoefening van de remedie van vervangende schadevergoeding, is de schuldeiser daarentegen nog wel tot betaling gehouden. Ook de schuldenaar moet nog presteren, zij het dat hij nu de vervangende waarde van zijn prestatie dient te vergoeden. Dit betekent dat partijen elkaar over en weer een gelijk bedrag moeten geven. Voor zover dit contractueel niet is uitgesloten of beperkt, kunnen deze vorderingen in aanmerking komen voor verrekening, zodat de beurzen gesloten kunnen blijven (art. 6:127 e.v.). In dat geval is de overeenkomst uitgevoerd en dus eveneens geëindigd, zodat partijen van elkaar af zijn. Ook in zoverre bestaat er dus nauwelijks verschil tussen de gevolgen van beide remedies.⁹³

Maar ook wanneer verrekening niet mogelijk zou zijn, is het resultaat van de vervangende schadevergoeding even ingrijpend voor de schuldenaar als dat van ontbinding. In beide gevallen zal de schuldenaar de betaling van de schuldeiser namelijk uiteindelijk moeten missen: bij ontbinding verkrijgt hij nimmer betaling, bij vervangende schadevergoeding ontvangt hij weliswaar betaling maar dient hij hetzelfde bedrag als vervangende schadevergoeding aan de schuldeiser te voldoen. Anderzijds kunnen de gevolgen van vervangende schadevergoeding voor de schuldeiser bij onmogelijkheid van verrekening bezwaarlijker zijn: ingeval van ontbinding hoeft hij niet meer te betalen, terwijl hij bij het vorderen van vervangende schadevergoeding zijn verbintenis nog wel moet nakomen en maar moet afwachten of de schuldenaar overgaat tot vergoeding van de vervangende waarde van diens prestatie. Zijn voorkeur zal dan ook veelal uitgaan naar ontbinding.⁹⁴ Nu het belang van de schuldenaar hierdoor niet zwaarder wordt getroffen, behoort dit ook volgens het externe subsidiariteitsbeginsel zonder meer mogelijk te zijn: ontbinding is daarmee dus (terecht) niet subsidiair aan vervangende schadevergoeding.

Tot nu toe ben ik steeds ervan uitgegaan dat de gehele waarde van de prestatie vergoed wordt. Maar ook wanneer slechts een deel van de prestatie door schadevergoeding wordt vervangen, verschillen de gevolgen van de remedies niet wezenlijk. Het voorbeeld van de geleverde zieke koe kan als illustratie dienen. Stel bijvoorbeeld dat de geleverde zieke koe deel uitmaakte van een partij van 25 koeien die voor het overge wel gezond zijn. Het vorderen van algehele vervangende schadevergoeding (de waarde van alle 25 koeien) zal dan niet mogelijk zijn op grond van art. 6:87 lid 2.

92 Dit verklaart m.i. ook de opmerking uit de parlementaire toelichting op art. 6:87, inhoudende dat de rechter een verklaring van de schuldeiser vaak zal moeten interpreteren om te achterhalen of hij heeft gekozen voor ontbinding of voor vervangende schadevergoeding. De niet-juridisch geschoolden, aldus de toelichting, zal het verschil tussen beide rechtsfiguren namelijk niet steeds bekend zijn: TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 303

93 In deze zin ook reeds Dorhout Mees 1963, p. 158.

94 Aldus ook Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr 198.

Hierin wordt bepaald dat geen omzetting in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding plaatsvindt, die door de tekortkoming gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd. Zoals in hoofdstuk 7 (§ 2) zal blijken, ligt hierin een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel besloten: slechts ‘gedeeltelijk’ vervangende schadevergoeding is mogelijk als dit het belang van de schuldeiser afdoende kan dienen. ‘Algeheel’ vervangende schadevergoeding kan aldus (intern) subsidiair zijn aan ‘gedeeltelijk’ vervangende schadevergoeding. In het aangehaalde voorbeeld is alleszins aannemelijk dat de het belang van de schuldeiser door de vergoeding van de waarde van de ene zieke koe en de levering van 24 gezonde koeien, genoegzaam wordt gediend.

De ‘gedeeltelijk’ vervangende schadevergoeding die de gehele tekortkoming wegneemt, maar die niet de volledige prestatie vervangt, is minder vergaand dan algehele ontbinding van de overeenkomst. In zoverre zou (algehele) ontbinding dus wel subsidiair moeten zijn aan (gedeeltelijk) vervangende schadevergoeding. Bedacht moet evenwel worden dat in art. 6:265 lid 1 een tenzij-clausule is neergelegd die overeenkomt met die van art. 6:87 lid 2. Zo is ontbinding mogelijk, tenzij de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. Ook in deze afweging, zo komt uitvoering aan de orde in hoofdstuk 6, ligt een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel verscholen. Het is van belang om dit hier te constateren, omdat deze toetsing kan meebrengen dat geen algehele, maar wel gedeeltelijke ontbinding gerechtvaardigd is. Ten aanzien van ontbinding valt evenzeer aan te nemen dat in het voorbeeld van de levering van een partij van 25 koeien waarin zich één zieke koe bevindt, de gedeeltelijke ontbinding/gedeeltelijke prestatie de schuldeiser voldoende soelaas biedt. In het voorbeeld zal de algehele ontbinding dus eveneens (intern) subsidiair zijn aan de gedeeltelijke ontbinding. Doordat bij beide remedies het interne subsidiariteitsbeginsel van toepassing is, zal in geval van een gedeeltelijke tekortkoming het uiteindelijke resultaat evenzeer hetzelfde zijn.⁹⁵ Nu het gevolg van gedeeltelijke ontbinding en gedeeltelijk vervangende schadevergoeding gelijk is, kan in zoverre niet gesteld worden dat ontbinding een verdergaande remedie is dan vervangende schadevergoeding.⁹⁶

95 In deze zin reeds Dorhout Mees 1963, p. 158. Vgl. ook De Vries 1997, p. 211 die stelt dat de vervangende schadevergoeding de schuldeiser slechts een inferieure variatiemogelijkheid biedt op diens bevoegdheid tot gedeeltelijke ontbinding. Overigens meent Hijma in zijn noot onder HR 26 april 2002, *NJ* 2004, 210 (Sparrow c.s./Van Beukering) dat gedeeltelijke ontbinding in het algemeen de voorkeur zal verdienen boven vervangende schadevergoeding, omdat zij het gehele schadevergoedingsrecht omzeilt en daarmee zowel de klip dat de tekortkoming aan de schuldenaar toerekenbaar moet zijn (art. 6:74 e.v.) als het schadebegrip en hetgeen daarmee samenhangt (art. 6:95 e.v.) Volgens Hijma heeft de figuur der vervangende schadevergoeding met name betekenis als de schuldeiser zelf iets anders dan geld verschuldigd is en hij liefst deze eigen plicht in stand houdt (bijvoorbeeld bij een ruil waarbij hij van de door hem ingerulde zaak af wil).

96 In een uitzonderlijk geval zal evenwel alléén gedeeltelijk vervangende schadevergoeding mogelijk zijn en kan niet gedeeltelijk worden ontbonden. Zoals bijvoorbeeld in het door Bakels 1993, p. 12 aangehaalde voorbeeld van de pachter van een wijngaard die gehouden is om jaarlijks nieuwe wijnstokken bij te planten. Door druifluis was hij hiertoe evenwel niet in staat. Alsdan is gedeeltelijke ontbinding gelet op de aard van de verbintenis van de schuldeiser niet mogelijk. Aannemelijk is dat algehele ontbinding in dat geval de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel van de tenzij-

Dit betekent dat, zoals ook uit art. 6:265 lid 1 volgt, het externe subsidiariteitsbeginsel geen betekenis heeft.

Geconstateerd kan dus worden dat als op de schuldeiser de verbintenis rust tot betaling van een geldsom, de vervangende schadevergoeding meebrengt dat 'geld tegenover geld wordt weggestreept' als gevolg waarvan de overeenkomst eindigt. Voor de schuldenaar staan de ontbinding en de vervangende schadevergoeding daarmee als het ware op een gelijk niveau; de vervangende schadevergoeding vormt voor hem géén minder vergaand alternatief. Wanneer vervangende schadevergoeding als equivalent van ontbinding kan worden aangemerkt, is van een subsidiariteitsverhouding dus geen sprake. Het is dan ook terecht dat art. 6:265 lid 1 meebrengt dat ontbinding niet subsidiair is aan vervangende schadevergoeding.

5.7.2 Vervangende schadevergoeding als equivalent van (wederzijdse) nakoming, het belang van de rechtszekerheid

Rust de verbintenis tot betaling van een geldsom daarentegen op de tekortschietende schuldenaar, dan vormt de vervangende schadevergoeding voor hem in het algemeen wél een minder vergaande remedie. Stel bijvoorbeeld dat de schuldenaar een authentiek samoeraizwaard heeft gekocht voor €2.500, maar in verzuim verkeert met de betaling van dit bedrag. Zou de schuldeiser, in plaats van ontbinding, gehouden zijn vervangende schadevergoeding te vorderen dan moet hij het zwaard leveren tegen betaling van de vervangende waarde van de (niet-verrichte) prestatie van de schuldenaar. Deze waarde zal identiek zijn aan het overeengekomen bedrag van € 2.500. Daarmee verkrijgt of behoudt de schuldenaar dus het zwaard tegen betaling van (de vervangende schadevergoeding ter hoogte van) €2.500. Uitoefening van de vervangende schadevergoeding leidt er in dit geval dus toe dat de overeenkomst alsnog wordt nagekomen, terwijl toepassing van de ontbindingsremedie tot gevolg heeft dat de overeenkomst van tafel wordt geveegd zodat de schuldenaar geen aanspraak meer kan maken op het zwaard. Wanneer het resultaat van de vervangende schadevergoeding neerkomt op (wederzijdse) nakoming heeft zij voor de schuldenaar dus wel degelijk minder vergaande gevolgen dan de ontbinding. Hij zou derhalve gediend zijn met een externe subsidiariteitstoetsing op grond van art. 6:265 lid 1. Toch is ook hier de afwezigheid van deze toetsing terecht.

Hetgeen in het voorgaande ten aanzien van de remedies nakoming en aanvullende schadevergoeding is opgemerkt, valt immers evenzeer aan te voeren ten aanzien van de vervangende schadevergoeding die een equivalent is van (wederzijdse) nakoming. Kort samengevat, is de rechtvaardiging voor het ontbreken van het externe subsidiariteitsbeginsel in dit geval gelegen in de fase die aan art. 6:265 lid 1 is voorafgegaan. In deze 'voorfase' is in de regel immers reeds met het belang van de schuldenaar rekening gehouden, nu hem op grond van het tweede lid van art. 6:265 al een kans

tot nakoming is geboden. Doordat hij deze kans onbenut heeft gelaten, is hij in verzuim geraakt. Voor zover een kans tot nakoming in de voorfase niet behoeft te worden geboden, is gebleken dat voor deze uitzondering(en) goede gronden bestaan. Voorts geldt bovendien dat zolang de schuldeiser nog geen ontbindingsmaatregel heeft getroffen, de schuldenaar zijn verzuim kan zuiveren door alsnog na te komen en de eventueel geleden (aanvullende) schade te vergoeden. Wordt eenmaal terecht gekomen in art. 6:265 lid 1 doordat een ontbindingsverklaring of -vordering is ontvangen of ingesteld, dan bereikt het externe subsidiariteitsbeginsel – als gezegd – een keerpunt en moet het wijken voor de rechtszekerheid. Het is namelijk in het belang van beide partijen dat vaststaat dat andere remedies, *i.e.* de nakoming met aanvullende schadevergoeding dan wel de vervangende schadevergoeding, vanaf dat moment niet (langer) in de weg kunnen staan aan de ontbinding. Als gezegd, is het irreeel en onredelijk, met name voor de schuldeiser, om het externe subsidiariteitsbeginsel almaar door te blijven voeren. Daarom is het juist dat ontbinding ex art. 6:265 lid 1 niet subsidiair is aan vervangende schadevergoeding, ook niet als zij het equivalent vormt van (wederzijdse) nakoming.

5.7.3 *Vervangende schadevergoeding en de tekortkoming in de nakoming van een ruilvereenkomst*

Wanneer de wederkerige overeenkomst een ruilvereenkomst betreft, heeft de vervangende schadevergoedingsremedie tot gevolg dat tegenover betaling van de vervangende waarde een prestatie staat die iets anders inhoudt dan het geven van een som geld. Stel bijvoorbeeld dat de schuldeiser het samoeraizwaard niet wil verkopen maar wel wil ruilen tegen het Chinese porseleinen theeservies van de schuldenaar. Vlak voor de levering heeft de schuldenaar het servies evenwel uit zijn handen laten vallen, zodat hij (verwiltbaar) tekortschiet. Nu de schuldenaar al jaren de droom koestert om het zwaard te bezitten, wil hij dat nog steeds graag geleverd krijgen. Hij heeft er kortom belang bij dat de overeenkomst in stand blijft en niet wordt ontbonden. De schuldenaar zou dan ook de vervangende waarde van het Chinese theeservies willen betalen, zodat hij nog aanspraak kan maken op levering van het zwaard. In het geval van een ruilvereenkomst kan de vervangende schadevergoeding dus een voor de schuldenaar minder vergaand alternatief voor ontbinding zijn, zodat een externe subsidiariteitstoetsing bij art. 6:265 lid 1 voor hem van belang zou zijn.

Dat het niettemin juist is dat de schuldeiser vrij is in zijn keuze tussen ontbinding of vervangende schadevergoeding, heeft hier te maken met het feit dat ervan moet worden uitgegaan dat de vervangende schadevergoeding het geschonden belang van de schuldeiser niet genoegzaam kan dienen. Anders gezegd: bij een tekortkoming in een ruilvereenkomst vormt de vervangende schadevergoeding voor de schuldeiser géén alternatief voor ontbinding. Zo moet men zich realiseren dat door de vervangende schadevergoeding de ruil (object-object) als het ware getransformeerd wordt in een koopovereenkomst (object-geld). De schuldeiser is evenwel de overeenkomst aangegaan voor de karakteristieke tegenprestatie (het object), in het voorbeeld: het theeservies.

Daarmee is geenszins gezegd dat hij van zijn eigen prestatie, het samoeraizwaard, ook wel af zou hebben gewild tegen een bepaalde som geld. Het zonder instemming van de schuldeiser opleggen van de vervangende schadevergoeding leidt er dus toe dat hem een koopovereenkomst wordt opgedrongen, waarmee inbreuk wordt gemaakt op het beginsel van contractvrijheid. Daarom moet voor het externe subsidiariteitsbeginsel worden aangenomen dat de vervangende schadevergoeding het belang van de schuldeiser niet evengoed kan behartigen als de ontbinding.⁹⁷ Alleen wanneer de schuldeiser zelf ervoor kiest zijn prestatie te verrichten tegen de vervangende waarde van de tegenprestatie, ligt dit – uiteraard – anders. Als de schuldeiser immers eigener beweging overgaat tot het vorderen van vervangende schadevergoeding dan kan deze remedie hem kennelijk voldoende uitkomst bieden. Aldus blijkt dat de keuzevrijheid die de schuldeiser op grond van art. 6:265 lid 1 toekomt, ook ingeval van een tekortkoming in de nakoming van een ruilovereenkomst alleszins gerechtvaardigd is.

5.8 Ontbinding en het externe subsidiariteitsbeginsel: een korte schets

De hoofdlijnen van hoofdstuk 3 en dit hoofdstuk samengenomen, voeren tot de algemene conclusie dat naar huidig recht ontbinding in eerste instantie (extern) subsidiair is aan nakoming. Is de nakomingsremedie door de schuldeiser tevergeefs uitgeoefend, dan kan zij vervolgens in combinatie met de remedie van aanvullende schadevergoeding alleen nog een beletsel voor ontbinding vormen zolang de schuldeiser nog niet tot ontbinding is overgegaan. Op het moment echter dat de schuldeiser een ontbindingsmaatregel heeft getroffen, is de rol van de nakomingsremedie en de aanvullende schadevergoedingsremedie uitgespeeld. Ook het bestaan van de remedie van vervangende schadevergoeding is voor de ontbinding irrelevant: de schuldeiser heeft recht op ontbinding, het externe subsidiariteitsbeginsel is uitgewerkt. Het enige wat voor 'de ontbindende schuldeiser' nog roet in het eten kan gooien is de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1: ontbinding is mogelijk, 'tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt'. In hoofdstuk 6 resp. hoofdstuk 9 zal blijken dat hierin zowel een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel als een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel verborgen ligt.

⁹⁷ Hetzelfde geldt overigens als *gedeeltelijk* tekortgeschoten wordt in de ruilovereenkomst. Stel bijvoorbeeld dat overeengekomen is twee prenten te ruilen tegen één zilveren waterkan en één prent gaat voor de levering verloren. In dat geval zal evenzeer moeten worden aangenomen dat de schuldeiser louter van zijn zilveren waterkan af wenst onder verkrijging van de twee (unieke) prenten en hij dus enkel met het oog op deze karakteristieke tegenprestatie de overeenkomst is aangegaan. Zijn belang kan derhalve niet afdoende wordt gediend door het verkrijgen van één prent en een zak met geld (i.e. de vervangende schadevergoeding).

6.1 Inleiding

In het voorgaande is aan de hand van het externe subsidiariteitsbeginsel vastgesteld wat de verhouding is tussen de ontbinding en de remedies van nakoming, aanvullende schadevergoeding en vervangende schadevergoeding. Aldus is nagegaan in hoeverre het beginsel (extern) een voorwaarde is voor de uitoefening van de ontbindingsremedie. Bij de bespreking van het subsidiariteitsbeginsel bij de uitoefening van remedies en sancties in het straf-, strafproces- en bestuursrecht is gebleken dat dit beginsel op twee niveaus van toepassing kan zijn: in het algemeen als *voorwaarde* voor het bestaan van een remedie of sanctie (extern) en meer in het bijzonder bij de *wijze van uitoefening* van de remedie of sanctie (intern). Thans zal dan ook worden onderzocht of, en zo ja, in hoeverre de ontbindingsremedie intern wordt beheerst door het subsidiariteitsbeginsel. Zoals de kop al aangeeft, komt het daarbij aan op een onderzoek naar de verhouding tussen de algehele en de gedeeltelijke ontbinding. De gedeeltelijke ontbinding vormt in het algemeen immers een minder vergaande wijze van uitoefening dan de algehele ontbinding.

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de gedeeltelijke ontbinding verschillende vormen aannemen. Zo behelst een gedeeltelijke ontbinding volgens art. 6:270 een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid.¹ Wanneer met andere woorden te weinig is gepresteerd of wanneer een deel van de prestatie ondeugdelijk is, dan kan voor dat gedeelte worden ontbonden. In dat geval is sprake van een *kwantitatief* gedeeltelijke ontbinding. Daarnaast kan gedeeltelijke ontbinding bestaan uit een *kwalitatieve* vermindering van de prestaties. Hiervan is sprake als de schuldeiser een prestatie ontvangt die niet van de afgesproken kwaliteit is of als het geleverde ondeugdelijk is en hij zijn eigen prestatie vermindert in evenredigheid met het verschil in waarde tussen de kwaliteiten. Tot slot bestaat

¹ De 'evenredige vermindering' van de (tegen)prestatie kan overigens lastig te bepalen zijn. In de eerste plaats wanneer de kwaliteit van de ontvangen prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt, omdat dan veelal niet eenvoudig valt vast te stellen wat de mindere waarde daarvan is. Daarnaast kan het geval zich voordoen dat een der prestaties niet voor evenredige vermindering vatbaar is (bijvoorbeeld bij een ruilovereenkomst), in welk geval de rechter de gedeeltelijke ontbinding vorm kan geven door een evenredig geldbedrag aan de tekortschietende schuldenaar op te leggen zie nader Asser-Hartkamp II 2005, nr. 526, Asser-Hijma I 2001, nr. 535 en Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 254. Hijma heeft bovendien nog gewezen op de complicerende situatie waarin een quantumkorting of contractvoordeel is verleend, zie: Hijma 1994, p. 357-358 en Asser-Hijma I 2001, nr. 530-531.

nog de mogelijkheid tot vermindering van de prestaties in de tijd: mogelijk is ontbinding alleen voor de toekomst, alleen voor het verleden of voor de toekomst en een deel van het verleden dan wel voor het verleden en een deel van de toekomst. Deze *temporele* vermindering is vooral van nut bij duur- en leverantieovereenkomsten en kan met een kwantitatieve of kwalitatieve ontbinding gepaard gaan.

Zoals hiervoor al aan de orde is geweest, kent art. 7:22 een specifiek voor de consumentenkoop geldende ontbindingsregeling die dient ter implementatie van Richtlijn 99/44/EG van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (hierna: de richtlijn consumentenkoop). Zo heeft de consument-koper op grond van art. 7:22 lid 1 onder a de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden, tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Volgens art. 7:22 lid 1 onder b heeft de koper voorts de bevoegdheid om de prijs te verminderen in evenredigheid met de mate van afwijking van het overeengekomene. Nu prijsvermindering in wezen neerkomt op gedeeltelijke uitoefening van de ontbindingsremedie,² betreft de verhouding tussen de (algehele) ontbinding en de prijsvermindering (gedeeltelijke ontbinding) dus een interne subsidiariteitskwestie. Hetgeen hierover in het navolgende met betrekking tot de algemene ontbindingsregeling wordt opgemerkt, geldt derhalve evenzeer voor de bijzondere ontbindingsremedie in verhouding tot de prijsvermindering van art. 7:22 lid 1 onder a en b. In hoeverre de algehele ontbinding krachtens het interne subsidiariteitsbeginsel begrensd wordt door de mogelijkheid van (één van de genoemde vormen van) de gedeeltelijke ontbinding zal achtereenvolgens worden onderzocht aan de hand van de wetsgeschiedenis, de rechtspraak en de opvattingen in de literatuur.

6.2 De wetsgeschiedenis: begripsverwarring

Bij de totstandkoming van art. 6:265 is expliciet overwogen dat aan de schuldeiser de vrijheid is gegeven te kiezen tussen algehele of gedeeltelijke ontbinding.³ Over deze keuzevrijheid beschikt de schuldeiser óók als de tekortkoming slechts een gedeelte

-
- 2 Dat de prijsvermindering behoort tot het terrein van de (gedeeltelijke) ontbinding volgt ook uit het derde lid van art. 7:22 dat bepaalt dat op de bevoegdheid tot prijsvermindering de (algemene) bepalingen van afdeling 6.5.5 omtrent ontbinding van overeenkomstige toepassing zijn. Aanvankelijk was een afzonderlijk recht op prijsvermindering niet in het wetsvoorstel opgenomen, nu de regering (m.i. terecht) meende dat een dergelijk recht reeds via de gedeeltelijke ontbinding aan de koper toekwam. Na enig aandringen heeft men, hoewel van mening dat dit niet noodzakelijk was, evenwel ervoor gekozen om de mogelijkheid van prijsvermindering expliciet in de wet op te nemen. Zie voor de standpunten dienaangaande: MvT, TK 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 8; VV II, TK 2001-2002, 27 809, nr. 5; Nota naar aanleiding van het Verslag, TK 2001-2002, 27 809, nr. 6, p. 1-3; Nader Verslag, TK 2001-2002- 27 809, nr. 7, p. 3; Nota naar aanleiding van het nader verslag, TK 2001-2002, 27 809, nr. 8, p. 3; VV I, EK 2001-2002, 27 809, nr. 323a, p. 1-3; MvA I, EK 2001-2002, 27 809, nr. 323b, p. 1-4.
 - 3 Ook uit art. 3 lid 5 van de richtlijn consumentenkoop vloeit voort dat de consument-koper de keuze heeft tussen een passende prijsvermindering of (algehele) ontbinding.

van de verschuldigde prestatie betreft of wanneer zij uit een niet-behoorlijke nakoming bestaat.⁴ Dit *recht* op algehele ontbinding is althans tot uitgangspunt genomen. Want in de parlementaire stukken is het voorbehoud gemaakt, inhoudende dat als er tussen de tekortkoming en de nadelige gevolgen van de algehele ontbinding een wanverhouding bestaat, slechts gedeeltelijke ontbinding gerechtvaardigd is.⁵ Evenzo kan de tekortkoming meebrengen dat de ene vorm van gedeeltelijke ontbinding niet, maar een andere vorm wel is toegelaten.⁶ De opvatting dat als hoofdregel heeft te gelden dat de schuldeiser keuzevrijheid heeft, is ook tot uiting gebracht in de tekst van art. 6:265 lid 1: iedere tekortkoming geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst *geheel of gedeeltelijk* te ontbinden, *tenzij* de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.⁷ De afweging of (een vorm van) gedeeltelijke in plaats van algehele ontbinding aangewezen is, voltrekt zich blijkens de wetsgeschiedenis dus in het kader van de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1.⁸

Nadere lezing van de parlementaire stukken leert dat deze toetsing aan de tekortkoming in het algemeen ertoe leidt dat algehele ontbinding gerechtvaardigd is. Zo wordt in de Toelichting Meijers over de tenzij-clausule opgemerkt dat men zich steeds ervan bewust moet blijven dat het een uitzonderingsbepaling betreft en dat de gevallen waarin de clausule opgaat vrij zeldzaam zijn.⁹ Ook elders in de toelichtende stukken wordt, in aansluiting hierop, gesteld dat in het algemeen de schuldeiser erop moet kunnen rekenen dat hij bevoegd is de relatie tot zijn wederpartij geheel te verbreken, óók wanneer het een gedeeltelijke of incorrecte nakoming betreft.¹⁰ Alhoewel een voorbehoud in de tenzij-clausule is opgenomen, geldt dus als hoofdregel dat de schuldeiser *recht* heeft op algehele ontbinding.

Niettemin blijkt op deze hoofdregel een structurele uitzondering te bestaan. Het betreft de situatie waarin tekortgeschoten wordt in de nakoming van een duurverbintenis. Voor een dergelijke 'naar tijdsruimte deelbare prestatie' had het driemanschap art. 6.5.4.11 ontworpen. Hierin was bepaald dat wanneer de schuldenaar over een bepaalde periode niet nakomt, ontbinding niet mogelijk is ten aanzien van de reeds verstreken periodes waarover de schuldenaar zijn verplichtingen wel was nagekomen.

4 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1004-1005, VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1008; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1011 en p. 1012.

5 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005.

6 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1019

7 Vgl. art. 7:22 lid 1 onder a op grond waarvan de consument-koper kan ontbinden 'tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet kan rechtvaardigen.'

8 Vgl. ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 311 waar wordt opgemerkt dat aan de rechter de nodige vrijheid wordt gelaten om na te gaan of de weigering van een gedeeltelijke prestatie geleet op de tekortkoming onder omstandigheden al dan niet gerechtvaardigd is, zulks aan de hand van art. 6:2 of art. 6:248, waarbij hij tevens acht zal kunnen slaan op art. 6:87 lid 2 en de slotzinsnede van art. 6:265 lid 1. Aldus blijkt dat een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel niet alleen via de tenzij-clausule maar ook via de redelijkheid en billijkheid mogelijk wordt geacht.

9 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005

10 VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1008.

Dit betekent dus dat de schuldeiser alléén voor de toekomst (gedeeltelijk) en niet ook voor het verleden (algeheel) kan ontbinden. In de toelichting op deze bepaling wordt (wederom) vooropgesteld dat de schuldeiser bevoegd is tot algehele ontbinding, nu hij zich in het algemeen op het standpunt mag stellen dat alleen volledige en geheel correcte nakoming betekenis heeft, en dat hij gedeeltelijke of niet-behoorlijke nakoming niet als nakoming aanvaardt.¹¹ Daarbij wordt erop gewezen dat een 'niet zeer ingrijpende beperking' in de slotzinsnede van art. 6:265 ligt besloten. Gesteld wordt vervolgens dat door art. 6.5.4.11 op het principe van de keuzevrijheid nu juist een belangrijke inbreuk wordt gemaakt. De reden hiervoor is volgens de toelichting gelegen in het feit dat de schuldenaar als regel ervan mag uitgaan dat de correcte nakoming in het verleden haar waarde voor de wederpartij niet verliest. Deze wederpartij zal aan een later optredende niet-nakoming dan ook geen recht kunnen ontleen tot ontbinding ten aanzien van die periodes, waarover de schuldenaar behoorlijk is nagekomen. Is het artikel toepasselijk dan zal de schuldeiser steeds op een gedeeltelijke ontbinding zijn aangewezen, waarbij bovendien nog wordt opgemerkt dat ook bepaalde vormen van gedeeltelijke ontbinding met het artikel in strijd kunnen zijn.¹²

De door het driemanschap opgestelde bepaling brengt dus mee dat géén recht op algehele ontbinding bestaat als het gaat om een tekortkoming in de nakoming van een duurverbintenis. Aangenomen wordt dat een dergelijke tekortkoming slechts 'zuiver toekomstige' (gedeeltelijke) ontbinding rechtvaardigt. Deze uitzondering is duidelijk geïnspireerd door het interne subsidiariteitsbeginsel. Zo wordt gesteld dat algehele ontbinding niet mogelijk is, omdat 'de correcte nakoming in het verleden haar waarde voor de wederpartij niet verliest'. Dit betekent dat ervan wordt uitgegaan dat de gedeeltelijke prestatie in combinatie met de gedeeltelijke (toekomstige) ontbinding het geschonden belang van de schuldeiser afdoende kan dienen. Volgens de interne werking van het subsidiariteitsbeginsel is een verdergaande wijze van uitoefening dan niet gerechtvaardigd.

Hoewel de gedeeltelijke, zuiver toekomstige, ontbinding het belang van de schuldeiser doorgaans afdoende zal kunnen behartigen als tekortgeschoten wordt in de nakoming van een duurverbintenis, is het onder omstandigheden niettemin mogelijk dat de nakoming in het verleden (de gedeeltelijke prestatie) en daarmee de toekomstige (gedeeltelijke) ontbinding géén nut heeft voor de schuldeiser. Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval waarin een zaak op afbetaling is gekocht en de koper op een gegeven moment de periodieke (af)betalingen niet meer verricht. In een dergelijk geval heeft de gedeeltelijke nakoming voor het verleden haar waarde voor de verkoper/schuldeiser goeddeels verloren, zodat de toekomstige, gedeeltelijke ontbinding zijn belang niet afdoende kan dienen. Het interne subsidiariteitsbeginsel mist dan dus toepassing.

Ook met deze situatie was door het driemanschap rekening gehouden. Zo gold (de interne subsidiariteitsregel van) art. 6.5.4.11 níet als zich een geval voordeed dat onder de werking van art. 6.5.4.12 viel. In art. 6.5.4.12 was bepaald dat een gedeeltelij-

11 TM, Parl Gesch Boek 6, p 1021

12 TM, Parl Gesch. Boek 6, p 1022

ke ontbinding niet mogelijk was, indien er, gezien inhoud en strekking van de overeenkomst, een onverbrekelijk verband bestond tussen een gedeelte van de overeenkomst dat door de ontbinding zou worden getroffen en een gedeelte dat in stand zou blijven. Deze bepaling maakte dus duidelijk dat algehele ontbinding wel gerechtvaardigd is als het nagekomen en niet-nagekomen deel van de duurverbintenis onverbrekelijk met elkaar verbonden zijn. Gesteld kan evenwel worden dat het hier een uitzonderings-situatie betreft. Bij een tekortkoming in de nakoming van een duurverbintenis zal de gedeeltelijke nakoming in het verleden/de gedeeltelijke ontbinding voor de toekomst voor de schuldeiser in het merendeel van de gevallen immers voldoende soelaas bieden, hetgeen voor het driemanschap blijkbaar ook aanleiding is geweest tot het opstellen van de (hoofd)regel van art. 6:54:11 in geval van een tekortkoming in de nakoming van een duurverbintenis is de algehele ontbinding subsidiair aan de toekomstige (gedeeltelijke) ontbinding.

Echter, zowel art. 6:54:11 als art. 6:54:12 zijn later geschrapt omdat men meende dat de daarin geregelde materie aan de slotzinsnede van art. 6:265 lid 1 kon worden overgelaten.¹³ De gedachte was daarbij kennelijk dat het overbodig is om afzonderlijke (interne subsidiariteits)bepalingen voor (met name) de duurverbintenis op te nemen, nu de tenzij-clausule van art. 6:265 reeds meebrengt dat moet worden onderzocht of de algehele ontbinding door de tekortkoming wordt gerechtvaardigd. Opmerkelijk is daarbij dat de (oudere) toelichtende opmerking dat de tenzij-clausule een uitzonderingsbepaling vormt en slechts in zeldzame gevallen van toepassing is, onweersproken is gebleven. De beperkte uitzondering die aldus op het recht op algehele ontbinding wordt aanvaard, moet immers in zoverre gerelativeerd worden dat de tenzij-clausule doorgaans juist wél toepasselijk is als het gaat om een tekortkoming in de nakoming van een duurverbintenis. Voor de overige gevallen blijft de opmerking evenwel onverminderd van kracht, als hoofdregel geldt dat de schuldeiser recht heeft op algehele ontbinding.

Geconcludeerd kan dus worden dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de vraag of gedeeltelijke in plaats van algehele ontbinding gerechtvaardigd is, afhankelijk is van de aard, ernst en betekenis van de tekortkoming. Weliswaar wordt daarmee aanvaard dat de algehele ontbinding subsidiair kan zijn aan de gedeeltelijke ontbinding, maar door de vraag naar de interne subsidiariteit van de algehele ontbinding te koppelen aan de tekortkoming, verwordt het tot een 'algemene' proportionaliteitskwestie tussen het te dienen belang (het opheffen van de tekortkoming) en het te schaden belang (de nadelige gevolgen van algehele ontbinding) mag geen onevenredigheid te bestaan. Door deze 'algemene' proportionaliteitsafweging voor te schrijven, heeft de wetgever evenwel uit het oog verloren dat voor de vraag of de algehele ontbinding gerechtvaardigd is, beslissend is de (interne subsidiariteits)vraag of de minder vergaande (vorm van) gedeeltelijke ontbinding het geschonden belang van de schuldeiser evengoed kan behartigen. Dat deze gedachte in de wetsgeschiedenis niettemin op de achtergrond een rol heeft gespeeld, blijkt uit hetgeen is overwogen bij een tekortkoming in de nakoming van een duurverbintenis. Daar wordt immers expliciet opge-

13 MvA II (a) en (c) Parl. Gesch. Boek 6, p. 1023

merkt dat in een dergelijke situatie de gedeeltelijke prestatie haar waarde voor de schuldeiser blijft behouden, zodat hij doorgaans slechts bevoegd is tot gedeeltelijke (toekomstige) ontbinding. Slechts wanneer een onverbrekelijk verband zou bestaan tussen de reeds verrichte prestatie en de toekomstige prestaties, waardoor de gedeeltelijke ontbinding het belang van de schuldeiser niet afdoende kan behartigen, is algehele ontbinding mogelijk. Deze interne subsidiariteitstoepassing is overgeheveld naar de tenzij-clausule, kennelijk omdat men meende dat daarin een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel reeds besloten lag.

Ervan uitgaande dat in de 'algemene' proportionaliteitsafweging van de tenzij-clausule een interne subsidiariteitstoetsing verborgen ligt, is verder uit de parlementaire geschiedenis gebleken dat deze toetsing in de regel géén beletsel vormt voor de algehele ontbinding. Immers, als uitgangspunt geldt dat de schuldeiser *recht* heeft op algehele ontbinding, 'nu hij zich in het algemeen op het standpunt mag stellen dat alleen volledige en geheel correcte nakoming betekenis heeft, en dat hij gedeeltelijke of niet-behoorlijke nakoming niet als nakoming aanvaardt'.¹⁴ Impliciet blijkt daarmee dat ervan wordt uitgegaan dat de gedeeltelijke prestatie c.q. (een vorm van) de gedeeltelijke ontbinding het belang van de schuldeiser niet evengoed kan dienen als de algehele ontbinding. Alleen als het gaat om een tekortkoming in de nakoming van een duurverbintenis ligt dit blijkens de toelichting anders. Voor de overige gevallen is uitdrukkelijk opgemerkt dat een beperking van het recht op algehele ontbinding 'vrij zeldzaam' is. Uit de wetsgeschiedenis kan dus worden afgeleid dat in de tenzij-clausule weliswaar een interne subsidiariteitstoetsing ligt verscholen, maar dat zij in de regel ertoe leidt dat de algehele ontbinding niet subsidiair is aan (een vorm van) de gedeeltelijke ontbinding.

6.3 Het beeld in de rechtspraak

Door het opstellen van de tenzij-clausule in art. 6:265 lid 1 heeft de wetgever, zo bleek, de interne subsidiariteitsafweging in de 'algemenere' proportionaliteitstoetsing doen opgaan. Hierdoor is uit het oog verloren dat doorslaggevend voor de gerechtvaardigdheid van de algehele ontbinding is, de vraag of de gedeeltelijke ontbinding/prestatie het belang van de schuldeiser evengoed kan dienen.¹⁵ Dit manco weerspiegelt zich in de rechtspraak.

Zo wordt in overeenstemming met de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van art. 6:265 lid 1 de vraag of algehele dan wel slechts gedeeltelijke ontbinding mogelijk is, beantwoord aan de hand van de proportionaliteitstoetsing; op grond van de tenzij-clausule wordt nagegaan of de nadelige gevolgen van de algehele ontbinding (het te schaden belang) door de tekortkoming (het te dienen belang) worden gerecht-

14 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1021.

15 Hetzelfde geldt voor de tenzij-bepaling van art. 7:22 lid 1 onder a

vaardigd.¹⁶ Bij deze proportionaliteitstoetsing moet volgens vaste rechtspraak een afweging van de belangen van partijen plaatsvinden, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.¹⁷ Dat in deze 'belangenafweging aan de hand van alle omstandigheden van het geval' een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel schuilt, kan worden afgeleid uit een arrest waarin het ging om de verkoop van de productierechten en van een prototype van een bepaald landbouw-voertuig.¹⁸ Het geleverde prototype was, gelet op de spoorbreedte en draaicirkel, niet deugdelijk. De koper vorderde daarop algehele ontbinding van de overeenkomst. De verkoper voerde aan dat de tekortkoming slechts gedeeltelijke ontbinding kon rechtvaardigen, en wel slechts ontbinding voor wat betreft de levering van het prototype. Het hof oordeelde dat de overeenkomst weliswaar méér inhield dan levering van het prototype (namelijk tevens de levering van productierechten), maar dat de levering van een deugdelijk prototype voor de koper van essentieel belang was. Daartoe heeft het hof overwogen dat de spoorbreedte een essentieel element van het prototype was, in verband met de afstanden tussen de gewassen waartussen de aan de hand van het prototype te vervaardigen voertuigen moeten rijden. En ook de draaicirkel was voor de koper in verband met zijn concurrentiepositie van groot belang. Nu het prototype niet voldeed aan de eisen die de koper daaraan mocht stellen, was volgens het hof nakoming van de overeenkomst voor het overige voor de koper niet meer waardevol. Een dergelijke wanprestatie rechtvaardigt naar het oordeel van het hof de algehele ontbinding van de overeenkomst. Dit oordeel, dat volgens de Hoge Raad geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, behelst duidelijk een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel. Immers, met zijn overweging dat behoorlijke nakoming van essentieel belang was voor de schuldeiser zodat de gedeeltelijke instandhouding van de overeenkomst niet meer waardevol voor hem was, stelt het hof vast dat de gedeeltelijke prestatie en daarmee de gedeeltelijke ontbinding het belang van de schuldeiser niet adequaat kan dienen. Nu de minder vergaande wijze van uitoefening het geleden nadeel niet afdoende kan wegnemen, is de algehele ontbinding niet subsidiair aan de gedeeltelijke ontbinding en (in zoverre) dus gerechtvaardigd.¹⁹

16 Hiertoe hoeft de rechter overigens niet amtsshalve over te gaan; het is aan de schuldenaar om een gemotiveerd beroep op de tenzij-clausule te doen: HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling); HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 317 (Abbas/Woningbouwvereniging). Vgl. ook HR 25 juni 1971, *NJ* 1971, 398 m.nt. GJS (Simonis/Bugshan) waarin is overwogen dat als de rechter het beroep op de uitzondering afwijst en ontbinding gerechtvaardigd acht, hij niet verplicht is in te gaan op alle feiten en omstandigheden die door de tekortschietende schuldenaar zijn aangevoerd ter staving van zijn standpunt dat de wanprestatie van te geringe betekenis zou zijn. Kritisch hierover: Bakels 1993, p. 227 en 1994, nr. 26

17 HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 m.nt. JH (Twickler/R.); HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 444; HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling). Eventueel moet ook rekening worden gehouden met omstandigheden die zich ná de gestelde wanprestatie hebben voorgedaan: HR 9 februari 2001, *JOL* 2001, 108; HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992, 715 (Lensink/Van Koppenhagen); HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 695 m.nt. CJHB (Gallas/Mozes en Oskam)

18 HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 444

19 Vgl. ook HR 25 juni 1971, *NJ* 1971, 398 m.nt. GJS (Simonis/Bugshan) waarin geoordeeld werd dat de levering van insecticide in metalen in plaats van in fiber drums voor de schuldeiser van essentiële betekenis was, zodat deze tekortkoming de algehele ontbinding rechtvaardigde.

Een andere uitspraak waarin eveneens wordt getoetst aan het interne subsidiariteitsbeginsel, maar waarbij de uitkomst juist luidde dat de algehele ontbinding wél subsidiair is aan de gedeeltelijke ontbinding, betreft het volgende. Door verhinderd van de rij-instructeur waren er door de schuldeiser in plaats van de overeengekomen 34 autorijlessen, maar 25 lessen genoten. Aangezien de rij-instructeur de overeenkomst tijdelijk niet kon nakomen, heeft de schuldeiser – buitengerechtelijk – de algehele ontbinding ingeroepen en het betaalde bedrag volledig teruggevorderd. De rechter achtte de tekortkoming evenwel onvoldoende om een algehele ontbinding te rechtvaardigen, nu de reeds verrichte prestaties door de tekortkoming niet waardeloos zijn geworden. Daartoe werd erop gewezen dat de schuldeiser voordeel heeft gehad van de (25) genoten rijlessen, waardoor hij minder lessen nodig heeft voor het behalen van zijn rijexamen en dus minder kosten maakt dan wanneer hij de lessen van de schuldenaar niet had genoten. Aldus wordt geconstateerd dat de gedeeltelijke prestatie en daarmee gedeeltelijke ontbinding het belang van de schuldeiser voldoende kan behartigen. Vervolgens wordt geheel in overeenstemming met het interne subsidiariteitsbeginsel in plaats van de algehele ontbinding de gedeeltelijke ontbinding uitgesproken.²⁰

Uit deze uitspraken valt dus af te leiden dat in de rechtspraak een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel is aanvaard. Voor zover ik heb kunnen nagaan, zijn de aangehaalde beslissingen de enige gevallen waarin, in het kader van de tenzij-clausule, *expliciet* wordt nagegaan of de gedeeltelijke ontbinding het belang van de schuldeiser afdoende kan behartigen. Gelet op het feit dat het interne subsidiariteitsbeginsel bij de wetgever ondergesneeuwd is geraakt door het ‘algemene’ beginsel van proportionaliteit, acht ik het evenwel aannemelijk dat de interne subsidiariteitstoetsing in veel gevallen opgaat in de meer algemene vraag of de tekortkoming de algehele ontbinding kan rechtvaardigen.²¹

Aangenomen dat op grond van de tenzij-clausule een (veelal impliciete) toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel plaatsvindt, volgt verder uit de rechtspraak dat

20 Ktg Eindhoven 2 november 2000 en 25 januari 2001, *Prg* 2001, 5632. Hoewel dit niet was gevorderd, wordt de overeenkomst dus gedeeltelijk ontbonden. Algemeen aanvaard is dat als de rechter de ene vorm van ontbinding niet gerechtvaardigd acht, maar een andere vorm wel, hij tot toewijzing van die andere vorm kan overgaan. Harthief 1994, p. 121-122, 217 en 220; Verbintenissenrecht (Harthief), art. 270, aant. 3, Vgl. Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516, Asser-Hijma I 2001, nr. 496 en Linssen 1997, p. 65 alwaar wordt verwezen naar TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005, waarin is overwogen dat het mogelijk is dat de afweging op grond van de tenzij-clausule kan leiden tot de conclusie dat een algehele ontbinding niet, maar een vorm van gedeeltelijke ontbinding wél door de tekortkoming gerechtvaardigd is. Dit geldt overigens ook als de algehele ontbinding wegens strijd met het proportionaliteitsbeginsel niet gerechtvaardigd is, maar de gedeeltelijke ontbinding de proportionaliteitstoetsing wel kan doorstaan, zie hierover: hoofdstuk 9.

21 Zo heeft het hof in de zaak die heeft geleid tot het arrest van HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp c.s./Regency Residence NV) geoordeeld dat de wanprestatie niet zodanig was dat Tromp c.s. in redelijkheid de ontbinding voor het geheel kon inroepen, maar hoogstens voor een gedeelte. Daartoe heeft het hof verwezen naar de omstandigheden van het geval. Hoewel in dat verband niet uitdrukkelijk is getoetst aan het interne subsidiariteitsbeginsel, valt mij aan te nemen dat het hof van oordeel was dat het belang van Tromp c.s. afdoende door de gedeeltelijke ontbinding kon worden gediend.

deze verborgen interne subsidiariteitstoetsing meestal niet in de weg staat aan de algehele ontbindingsmogelijkheid. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt namelijk dat wordt vastgehouden aan de beperkte toepassing van de tenzij-clausule zoals in de wetsgeschiedenis wordt voorgestaan. Zo heeft hij meermalen het door de wetgever tot uitgangspunt genomen recht op (algehele) ontbinding vooropgesteld.²² Slechts in uitzonderlijke gevallen kan de tenzij-clausule, en daarmee dus het interne subsidiariteitsbeginsel, hierop een beperking aanbrengen. De opmerkingen van het driemanschap dat aan de schuldeiser in principe de vrijheid is gegeven te kiezen tussen algehele of gedeeltelijke ontbinding en dat de tenzij-clausule slechts bij wijze van uitzondering van toepassing is, worden door de Hoge Raad dus ter harte genomen.

Daarnaast is van belang erop te wijzen dat het interne subsidiariteitsbeginsel ook kan worden ingeroepen via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Zo heeft de Hoge Raad in een arrest uit 2000 erkend dat niet alleen de tenzij-clausule, maar ook de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2) aan ontbinding in de weg kunnen staan. Voor de mate waarin dit het geval kan zijn, wordt door de Hoge Raad aangeknoopt bij de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van art. 6:265.²³ Dit betekent dat voor de interne subsidiariteitstoetsing op grond van art. 6:248 lid 2 hetzelfde geldt als wanneer deze toetsing wordt uitgevoerd op grond van de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1.

Het beeld in de rechtspraak is kortom geheel gekleurd door de parlementaire geschiedenis: de vraag of gedeeltelijke in plaats van algehele ontbinding gerechtvaardigd is, kan aan de orde komen bij de toetsing van de tenzij-clausule. De cruciale vraag of de gedeeltelijke ontbinding/gedeeltelijke prestatie het belang van de schuldeiser afdoende kan dienen, blijkt slechts sporadisch expliciet te worden onderzocht. Daarnaast kan uit de wijze waarop de tenzij-clausule in de rechtspraak wordt gehanteerd, worden afgeleid dat als hoofdregel geldt dat de schuldeiser recht heeft op algehele ontbinding. Dit betekent dat het in de tenzij-clausule besloten liggende interne subsidiariteitsbeginsel maar van beperkte invloed is: in het algemeen is algehele ontbinding gerechtvaardigd. Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat de gedeeltelijke ontbinding/prestatie het belang van de schuldeiser niet evengoed kan dienen als de algehele ontbinding. In navolging van de wetsgeschiedenis valt dus ook uit de rechtspraak af te leiden dat de interne subsidiariteitstoetsing in de regel ertoe leidt dat de algehele ontbinding niet subsidiair is aan de gedeeltelijke ontbinding.

6.4 Kritiek in de literatuur

Reeds in 1963 heeft Dorhout Mees, naar aanleiding van het Ontwerp Meijers, de vraag opgeworpen of het billijk is dat de schuldeiser jegens wie gedeeltelijk of niet behoorlijk is nagekomen, in beginsel de keus heeft tussen gehele of gedeeltelijke ontbinding.

22 Deze jurisprudentie wordt uitvoerig besproken in het kader van de proportionaliteit van ontbinding. Om niet in herhalingen te vervallen, verwijs ik hier naar § 9.3.

23 HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 m.nt. JBMV (Mol c.s./Meijer Beheer BV).

Hij pleit ervoor om bij gedeeltelijke niet-nakoming in beginsel slechts gedeeltelijke ontbinding toe te staan en de algehele alleen indien volledige nakoming een 'condition essentielle du contrat' is.²⁴ Daarmee introduceert Dorhout Mees de hoofdregel dat de algehele ontbinding subsidiair is aan de gedeeltelijke ontbinding ingeval van een gedeeltelijke tekortkoming. Slechts als volledige (behoorlijke) nakoming voor de schuldeiser van essentiële betekenis mocht zijn, lijdt deze (interne subsidiariteits)regel uitzondering en is algehele ontbinding in zijn visie gerechtvaardigd. Anders dan de wetgever, gaat Dorhout Mees dus kennelijk ervan uit dat ingeval van een gedeeltelijke tekortkoming het belang van de schuldeiser in de regel evengoed zal kunnen worden gediend door de gedeeltelijke ontbinding/prestatie als door de algehele ontbinding. Hoewel de opvatting van Dorhout Mees nog kon worden meegenomen in de beraadslagingen, is de kamercommissie hem niet gevolgd maar heeft zij, ondanks zijn kritiek, vastgehouden aan het uitgangspunt van een recht op algehele ontbinding.²⁵ Zoals in de voorgaande paragraaf bleek, is de rechtspraak de wetgever hierin gevolgd.

Dertig jaar later is door Bakels en Hartlief het recht op algehele ontbinding opnieuw bekritiseerd. Kort gezegd, staan zij een ruime(re) toepassing van de tenzij-clausule voor. Hun kritiek gaat evenwel verder dan die van Dorhout Mees. Zoals hiervoor al aan de orde is gekomen, bepleiten Bakels en Hartlief namelijk dat binnen de tenzij-clausule ook getoetst wordt aan het *externe* subsidiariteitsbeginsel.²⁶ Deze opvatting, die inmiddels door een groot aantal auteurs wordt gesteund,²⁷ heb ik aangemerkt als 'de moderne benadering'. Omwille van de overzichtelijkheid behandel ik hier slechts de kritiek van deze stroming op de beperkte gelding van het *interne* subsidiariteitsbeginsel.

6.4.1 De moderne benadering

Als uitvloeisel van het door hem geïntroduceerde beginsel van het redelijk alternatief geldt volgens Bakels dat het een schuldeiser niet vrijstaat de overeenkomst geheel te ontbinden, terwijl hij redelijkerwijs met een gedeeltelijke ontbinding kan volstaan.²⁸ Daarmee onderwerpt hij de ontbindingsremedie dus aan het interne subsidiariteitsbeginsel. In dat verband formuleert Bakels vervolgens de vuistregel dat 'een tekortkoming ten aanzien van slechts een gedeelte van een contractueel verschuldigde deelbare

24 Dorhout Mees 1963, p. 159.

25 VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1008.

26 Zie voor de bespreking van de opvatting dat op grond van de tenzij-clausule een externe subsidiariteitstoetsing moet plaatsvinden § 5.3.4-5 3.6.

27 Abas 1994, p. 661-663, dezelfde 1995, p. 42-43 en 1996, p. 217, Nieuwenhuis 1995 (I), p. 25 en 1995 (II), p. 39-40, Linssen 1997, p. 60-61, 66 en 69, Feenstra 1997, p. 246, Van Rossum 1997, p. 577 en p. 580, Hammerstein 1998, p. 150; Smits 1999, p. 84; Vranken in zijn noot onder HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (Mol c s /Meijer Beheer BV); Stolp 2000, p. 355; Hesselink 2001, p. 65, Van den Berg 2001, p. 300-301; Van Dunne 2001, p. 652; Veldhuizen 2003, p. 97-98. Vgl. verder Van Bijnen 2003, p. 711 en p. 737-738 en Drion 2004, p. 2079.

28 Bakels 1993, p. 318 en 1994, nr. 45.

prestatie, alleen ontbinding rechtvaardigt ten aanzien van het daarmee onmiddellijk samenhangende of daaraan evenredige gedeelte van de tegenprestatie.’²⁹ Kort samengevat, geeft een gedeeltelijke tekortkoming in de visie van Bakels dus in principe slechts recht op gedeeltelijke ontbinding. Anders dan in de wetsgeschiedenis en rechtspraak, hanteert hij dus het uitgangspunt dat algehele ontbinding bij een gedeeltelijke tekortkoming subsidiair is aan gedeeltelijke ontbinding.

Opmerkelijk is nu dat Bakels de door Dorhout Mees verdedigde opvatting als te mechanisch en te vergaand afwijst.³⁰ Wellicht heeft dit te maken met het feit dat Bakels (meer) oog heeft voor uitzonderingen op de interne subsidiariteitsregel. Bakels benadrukt namelijk dat zijn vuistregel ‘uit de aard der zaak naar redelijkheid’ dient te worden gehanteerd. Zo zijn er zijns inziens wel degelijk gevallen waarin een gedeeltelijke tekortkoming een algehele ontbinding rechtvaardigt. En omgekeerd kan het zijn dat een algehele tekortkoming slechts een gedeeltelijke ontbinding rechtvaardigt.³¹ Bovendien heeft Bakels de verschillende vormen die een gedeeltelijke ontbinding kan aannemen bij de uitwerking van zijn vuistregel meegenomen. Hij komt daarom tot de volgende nuanceringen.³²

Als het gaat om een kwalitatieve tekortkoming (de afgeleverde vrachtauto heeft niet het opgegeven laadvermogen) dan heeft de schuldeiser volgens Bakels de vrije keus tussen algehele en gedeeltelijke ontbinding (prijskorting). Kennelijk meent Bakels dus dat de gedeeltelijke ontbinding de schuldeiser bij een prestatie van mindere kwaliteit in het algemeen niet voldoende soelaas kan bieden. Dat hij deze mening is toegedaan, blijkt wel uit het feit dat hij elders opmerkt dat de redelijkheid meerdere kanten heeft en dat het beginsel van het redelijk alternatief niet meebrengt dat van de schuldeiser wordt gevergd dat hij tegen prijskorting genoegen neemt met een verkeerd gekloofde edelsteen in een collier of met een verkeerd betegelde badkamer-vloer.³³ Aldus blijkt dat de algehele ontbinding in de opvatting van Bakels niet subsidiair is aan de *kwalitatief* gedeeltelijke ontbinding.

Wordt er daarentegen kwantitatief tekortgeschoten (de schuldenaar levert slechts een deel van de afgesproken partij notenhout) dan gaat volgens Bakels zijn vuistregel wél op en kan de schuldeiser in beginsel slechts gedeeltelijk ontbinden. Dit betekent dat hij aanneemt dat bij een kwantitatieve tekortkoming de schuldeiser genoeg heeft aan de gedeeltelijke prestatie/gedeeltelijke ontbinding. Daarmee hanteert hij de regel dat algehele ontbinding subsidiair is aan de *kwantitatief* gedeeltelijke ontbinding. Althans in beginsel. Want een uitzondering doet zich voor, aldus Bakels, als een onverbrekelijk verband bestaat tussen het gedeelte van de overeenkomst dat door de

29 Bakels 1993, p. 318 en 1994, nr. 45.

30 Bakels 1993, p. 232 en 1994, nr. 23. Overigens is de door Dorhout Mees verdedigde opvatting volgens Bakels wel bruikbaar als gezichtspunt.

31 Bakels 1993, p. 319, p. 321 en 1994, nr. 45.

32 Bakels 1993, p. 318 en 1994, nr. 45.

33 Bakels 1993, p. 263.

ontbinding zou worden getroffen, en het gedeelte dat in stand zou blijven.³⁴ Nu de gedeeltelijke ontbinding bij een onverbrekkelijk verband het belang van de schuldeiser niet genoegzaam kan dienen, ligt deze 'uitzondering' echter al besloten in het interne subsidiariteitsbeginsel zelf.

Voorts staat volgens Bakels in beginsel slechts gedeeltelijke ontbinding open, als tekortgeschoten wordt in de nakoming van een leverantiecontract (maandelijkse leveringen van 1000 liter olie) of van een duurovereenkomst (bijvoorbeeld een huur-overeenkomst). Daarbij wijst Bakels erop dat deze opvatting reeds in art. 11 van het Ontwerp Meijers tot uitdrukking is gebracht. Zoals hiervoor al is weergegeven, bepaalde dit artikel, dat thans besloten ligt in de tenzij-clausule, dat algehele ontbinding niet mogelijk is bij in tijd deelbare verbintenissen, voorzover zij in het verleden behoorlijk zijn nagekomen. In navolging van de wetsgeschiedenis meent Bakels dus dat algehele ontbinding doorgaans subsidiair aan *toekomstig* gedeeltelijke ontbinding.

Ondanks deze nuanceringen komt de opvatting van Bakels in wezen neer op hetgeen reeds dertig jaar eerder door Dorhout Mees was bepleit. Ook in de opvatting van Dorhout Mees bestaat immers ruimte voor uitzonderingen; door hem worden deze evenwel niet benadrukt of nader toegelicht. Zo lijdt de door Dorhout Mees verdedigde regel om bij een gedeeltelijke niet-nakoming slechts gedeeltelijke ontbinding toe te staan, evenzeer uitzondering en wel wanneer volledige nakoming een 'condition essentielle du contrat' is. De vraag of volledige nakoming voor de schuldeiser van essentiële betekenis is, behelst in wezen de vraag of de gedeeltelijke ontbinding/prestatie zijn belang adequaat kan dienen. Wanneer de gedeeltelijke ontbinding/prestatie de schuldeiser niet afdoende soelaas biedt, kan volledige nakoming als van essentieel belang worden aangemerkt en is algehele ontbinding ook in de visie van Dorhout Mees gerechtvaardigd. Hoewel beide schrijvers dus erkennen dat uitzonderingen mogelijk zijn, veronderstellen zij als regel dat de schuldeiser ingeval van een gedeeltelijke tekortkoming voldoende heeft aan de gedeeltelijke ontbinding. Bakels heeft, in verhouding tot Dorhout Mees, zijn opvatting in die zin nader uitgewerkt dat hij aanvaardt, dat het mogelijk is dat ook ingeval van een volledige tekortkoming de algehele ontbinding subsidiair is aan de gedeeltelijke ontbinding: zo kan het zijn, aldus Bakels, dat een algehele tekortkoming slechts een gedeeltelijke ontbinding rechtvaardigt.³⁵ Kennelijk zal deze situatie zich in zijn visie minder vaak voordoen, nu hij deze interne subsidiariteitstoepassing als een uitzondering op zijn vuistregel behandelt. In de regel acht Bakels de algehele ontbinding bij een volledige tekortkoming dus niet subsidiair. Dit impliceert dat hij aanneemt dat de schuldeiser die geconfronteerd wordt met een volledige tekortkoming, in het algemeen niet genoeg heeft aan de gedeeltelijke ontbinding. Slechts algehele ontbinding kan dat nadeel adequaat wegnemen.

34 Zoals wanneer de schuldeiser aan wie niet de gehele partij notenhout wordt afgeleverd, daardoor de pannen in de studeerkamer van een in aanbouw zijnd huis niet op eenvormige wijze kan afummen. In dat geval mag vanzelfsprekend het gehele koopcontract worden ontbonden, aldus Bakels 1993, p. 319 en 1994, nr. 45.

35 Bakels 1993, p. 321 en 1994, nr. 45

Een andere 'uitbreiding' van zijn zienswijze ten opzichte van die van Dorhout Mees, is hierin gelegen dat Bakels opmerkt dat de door hem verdedigde leer van het redelijk alternatief evenzeer moet gelden bij de vraag naar de mate waarin en de wijze waarop gedeeltelijke ontbinding mogelijk is.³⁶ Kort gezegd, is hij dus van mening dat (ook) de wijze van uitoefening van de gedeeltelijke ontbinding is onderworpen aan het interne subsidiariteitsbeginsel.³⁷ Dit is overigens niet nieuw. Reeds in de parlementaire stukken werd opgemerkt dat de tekortkoming kan meebrengen dat de ene vorm van gedeeltelijke ontbinding niet, maar een andere vorm wel is toegelaten.³⁸

Vlak na het verschijnen van het proefschrift van Bakels, heeft Hartlief kritiek geuit op het recht op (algehele) ontbinding. Hiervoor is al aan de orde gekomen dat Hartlief heeft verdedigd ontbinding alleen mogelijk te maken als sprake is van een *wezenlijke* tekortkoming.³⁹ Bij de invulling van het vereiste van een *wezenlijke* tekortkoming (het proportionaliteitsbeginsel) blijkt hij vuistregels te formuleren die zijn terug te voeren op het externe en het interne subsidiariteitsbeginsel. Zo stelt hij dat als de prestatie geheel uitblijft, er sprake is van een *wezenlijke* tekortkoming en algehele ontbinding mogelijk is.⁴⁰ Daarmee neemt Hartlief dus aan dat ingeval van een volledige tekortkoming de algehele ontbinding niet (extern) subsidiair is aan andere remedies, noch (intern) subsidiair is aan de gedeeltelijke ontbinding. Kennelijk is Hartlief van mening dat het belang van de schuldeiser bij een algehele tekortkoming alleen door de algehele ontbinding genoegzaam kan worden gediend.

Doet zich daarentegen een kwantitatieve tekortkoming voor – er worden meerdere zaken geleverd waarvan één of enkele niet voldoen – dan is dit volgens Hartlief in de regel géén *wezenlijke* tekortkoming en staat gedeeltelijke ontbinding voorop.⁴¹ In navolging van Bakels gaat dus ook Hartlief ervan uit dat de algehele ontbinding subsidiair is aan de *kwantitatief* gedeeltelijke ontbinding. Zodoende bepleit Hartlief met zijn vereiste van een *wezenlijke* tekortkoming een verdergaande invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel. Maar evenals bij Bakels betreft dit 'slechts' een vuistregel. Zo merkt Hartlief op dat algehele ontbinding wel weer gerechtvaardigd is als de tekortkoming een *wezenlijke* tekortkoming met betrekking tot de gehele overeenkomst inhoudt.⁴² De achterliggende gedachte hierbij is kennelijk dat zich gevallen kunnen voordoen waarin de gedeeltelijke prestatie/ontbinding het belang van de schuldeiser niet voldoende kan behartigen; alsdan is sprake van een *wezenlijke* (kwantitatieve) tekortkoming die de algehele ontbinding rechtvaardigt. Algemeen geldt

36 Bakels 1993, p. 292 en p. 322

37 Voor de volledigheid wijs ik erop dat Bakels tevens schrijft dat de wijze van gedeeltelijke ontbinding in een redelijke verhouding moet staan tot de mate van de tekortkoming. Dit betekent dat de gedeeltelijke ontbinding zijns inziens dus ook beheerst wordt door het proportionaliteitsbeginsel. Zie nader hierover: hoofdstuk 9.

38 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1019.

39 Hartlief 1994, p. 207-208, 212

40 Hartlief 1994, p. 207.

41 Hartlief 1994, p. 208

42 Hartlief 1994, p. 209

echter dat ook Hartlief ingeval van een kwantitatieve tekortkoming pleit voor hantering van een interne subsidiariteitsregel.

Wordt kwalitatief tekortgeschoten, zoals in het door Bakels genoemde voorbeeld van de verkeerd gekloofde edelsteen in een collier, dan bepleit Hartlief als vuistregel dat in plaats van de ontbindingsremedie de remedies van nakoming en schadevergoeding gebruikt moeten worden.⁴³ Alleen wanneer de kwalitatieve tekortkoming dermate ondeugdelijk is dat zij op één lijn gesteld kan worden met (een algehele) niet-nakoming is ontbinding volgens Hartlief gerechtvaardigd, omdat dan van de schuldeiser niet meer gevergd kan worden dat hij genoeg neemt met nakoming plus schadevergoeding.⁴⁴ Dit betekent dat Hartlief bij een kwalitatieve tekortkoming niet een interne maar een externe subsidiariteitsregel verdedigt.⁴⁵

Tot slot stelt Hartlief dat als in duurverhoudingen verkeerd gepresteerd wordt pas van een wezenlijke tekortkoming sprake is, als in redelijkheid niet meer van de schuldeiser gevergd kan worden dat hij de contractuele relatie voortzet.⁴⁶ Hieruit blijkt dat ook Hartlief ervan uit gaat dat bij een tekortkoming in een duurverhouding ontbinding slechts voor de toekomst mogelijk is, zodat de algehele ontbinding subsidiair is aan de toekomstige (gedeeltelijke) ontbinding.⁴⁷ Deze toekomstige ontbinding is volgens Hartlief alléén maar mogelijk als instandhouding van de overeenkomst van de schuldeiser niet kan worden verlangd. Daarmee gaat hij dus ervan uit dat in duurverhoudingen de toekomstige ontbinding in beginsel subsidiair is aan de toekomstige nakoming. Aldus wordt duidelijk dat Hartlief hier niet alleen een interne subsidiariteitsregel, maar ook een externe subsidiariteitstoetsing voorstaat.

Hartlief heeft aangegeven dat zijn opvatting dat ontbinding alleen bij een wezenlijke tekortkoming kan geschieden, in (de tenzij-clausule van) art. 6:265 lid 1 kan worden ingepast.⁴⁸ Dat hij in dat verband een toetsing aan het externe en het interne subsidiariteitsbeginsel voorstaat, volgt – nogmaals, maar nu – heel duidelijk uit een latere publicatie, waar hij schrijft dat juist bij de vraag óf de tekortkoming van dien aard is dat zij ontbinding rechtvaardigt, betekenis toekomt aan eventueel alternatieve mogelijkheden zoals nakoming in combinatie met schadevergoeding óf (een vorm van) gedeeltelijke ontbinding.⁴⁹

Inmiddels heeft ook De Jong ten aanzien van de verhouding tussen algehele en gedeeltelijke ontbinding een aantal vuistregels geformuleerd. Zo schrijft zij dat als er iets schort aan de kwaliteit van de geleverde prestatie de schuldeiser in beginsel vrijelijk mag kiezen tussen algehele en gedeeltelijke ontbinding, en wel omdat hij in de regel niet verplicht is een ondeugdelijke prestatie te accepteren. Slechts als het ontbrekende van ondergeschikt belang is, kan algehele ontbinding niet gerechtvaardigd

43 Hartlief 1994, p. 209

44 Hartlief 1994, p. 209-210.

45 Zie voor mijn visie over deze externe subsidiariteitsregel § 5.6

46 Hartlief 1994, p. 210

47 Daarbij geeft hij ook een uitvoerige weergave van de parlementaire geschiedenis van de later geschrapte art. 6.5.4.11 en 12: Hartlief 1994, p. 79-81

48 Hartlief 1994, p. 219

49 Hartlief 1997, p. 202

zijn, waarbij De Jong evenwel aantekent dat ook een naar objectieve maatstaven kleine tekortkoming zwaar kan wegen voor de schuldeiser.⁵⁰ Of de algehele ontbinding ingeval van een kwalitatieve tekortkoming mogelijk is, hangt dus af van het antwoord op de vraag of de gedeeltelijke ontbinding/prestatie het belang van de schuldenaar afdoende kan behartigen. Daarbij gaat De Jong ervan uit dat dit in de regel niet het geval is, zodat algehele ontbinding in principe niet subsidiair is aan *kwalitatief* gedeeltelijke ontbinding.

Wanneer daarentegen de prestatie in kwantitatief opzicht achterblijft bij hetgeen de verbintenis vergt, zal de gedeeltelijke ontbinding volgens De Jong vaker de aangewezen weg zijn, omdat de belangen van de schuldeiser veelal voldoende gewaarborgd zijn wanneer hij hetgeen wel is gepresteerd behoudt en voor het overige de overeenkomst ontbindt.⁵¹ Dit betekent dat zij aanneemt dat algehele ontbinding bij een kwantitatieve tekortkoming wel subsidiair is aan gedeeltelijke ontbinding. Door De Jong wordt overigens benadrukt dat het hier ook slechts een (interne subsidiariteits)hoofddregel betreft. Zo geeft zij aan dat gedeeltelijke ontbinding geenszins steeds de aangewezen weg is, indien de gedeeltelijke prestatie voor de schuldeiser geen of weinig waarde heeft.⁵²

Gaat het – tot slot – om een tekortkoming in de nakoming van een duurovereenkomst dan is volgens De Jong in beginsel evenzeer slechts gedeeltelijke ontbinding mogelijk. Enkel als de eerdere, deugdelijke leveranties voor de schuldeiser geen waarde hebben zonder de latere leveranties, is algehele ontbinding niet achtergesteld.⁵³ Gesteld kan worden dat deze door De Jong geformuleerde vuistregels grote gelijkenis vertonen met die van Bakels en tot op zekere hoogte met die van Hartlief.⁵⁴

Ook Hammerstein en Vranken hebben – meer in het algemeen – benadrukt dat het beginsel van (interne) subsidiariteit meebrengt dat algehele ontbinding als ‘next best’ is aan te merken en alleen is uit te spreken indien er geen voldoende redenen of mogelijkheden zijn voor een beperking tot een gedeelte.⁵⁵ Daarmee gaan zij dus ervan uit dat algehele ontbinding in de regel subsidiair is aan gedeeltelijke ontbinding. Meer in het bijzonder benadrukken zij voor de duurovereenkomst dat ingeval van een tekortkoming ontbinding als regel een gedeeltelijke en slechts bij uitzondering een algehele ontbinding zal zijn.⁵⁶

Zoals hiervoor al is besproken, hebben Hammerstein en Vranken voorgesteld om bij ontbinding – via analoge toepassing van art. 6:230 – de remedie tot wijziging van

50 Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 253.

51 Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 253.

52 Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 253.

53 Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 253

54 Overigens heeft De Jong elders aangegeven dat zij instemt met het wettelijk uitgangspunt van een recht op ontbinding. De Jong 2003, p. 87. Of dit betekent dat zij ook instemt met de beperkte invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel, zodat dit gevolgen heeft voor haar visie aangaande de verhouding tussen algehele en gedeeltelijke ontbinding, volgt hier niet uit.

55 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 37

56 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 48

de overeenkomst te erkennen die vergelijkbaar is met die bij vernietiging.⁵⁷ Daarbij is de gedachte dat de schuldeiser niet kan ontbinden als het nadeel dat hij door de tekortkoming lijdt, op afdoende wijze kan worden opgeheven door een wijziging van de overeenkomst. Alsdan is ontbinding dus (extern) subsidiair aan wijziging. Deze opvatting heeft tot gevolg dat aan het interne subsidiariteitsbeginsel niet meer wordt toegekomen: nu wijziging voorop staat, staat de ontbindingsremedie in beginsel buiten spel waarmee evenzeer de verhouding tussen de algehele tot de gedeeltelijke ontbinding buiten beschouwing blijft. Dit wordt ook ingezien door Hammerstein en Vranken waar zij schrijven dat in hun visie aan het beginsel van het redelijk alternatief van Bakels en Hartlief geen afzonderlijke behoefte meer bestaat.⁵⁸ Bovendien moet worden bedacht dat het resultaat dat met wijziging van de overeenkomst bereikt kan worden vergelijkbaar is met dat van gedeeltelijke ontbinding. Dit is juist de reden waarom een aantal aanhangers van de moderne benadering het invoeren van de wijzigingsremedie bij ontbinding onnodig achten.⁵⁹ Weliswaar erkennen ook Hammerstein en Vranken dat gedeeltelijke ontbinding dezelfde functie kan vervullen als de wijzigingsremedie, maar menen zij dat dit 'op bescheidener schaal' het geval is. Hierdoor volstaat de gedeeltelijke ontbinding naar hun mening lang niet altijd om recht te doen aan de verhouding tussen partijen.⁶⁰ Aldus beschouwd, beogen Hammerstein en Vranken de door Bakels en Hartlief verdedigde interne subsidiariteitsregel in te ruilen voor een nieuwe externe subsidiariteitsregel.⁶¹

6.5 Steun voor het recht op algehele ontbinding

De door de wetgever beoogde en in de rechtspraak aanvaarde keuzevrijheid tussen algehele of gedeeltelijke ontbinding heeft evenwel niet alleen maar kritiek ondervonden. Zo wordt door een aantal schrijvers – onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis – aangegeven dat op grond van de tenzij-clausule weliswaar goed denkbaar is dat een algehele ontbinding niet, maar een gedeeltelijke ontbinding wel gerechtvaardigd is of een bepaalde vorm van gedeeltelijke ontbinding wel maar een andere niet aanvaardbaar is, doch wordt vervolgens benadrukt dat deze tenzij-clausule een uitzonderingsregeling betreft die uit een oogpunt van rechtszekerheid niet te spoedig van toepassing is.⁶² Dit betekent dat zij van mening zijn dat, gelet op de rechtszekerheid, de interne

57 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 43, 53 en reeds eerder in 1997, p. 128

58 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 43.

59 Veldhuizen 2003, p. 98; Stolp 2000, p. 356; Smits 1999, p. 94. Vgl. ook Nieuwenhuis 1995, p. 40 die opmerkt dat aanpassing van de overeenkomst veelal de voorkeur geniet boven ontbinding. Hij bepleit echter geen afzonderlijke wijzigingsremedie, maar stelt dit voor in het kader van gedeeltelijke ontbinding

60 Hammerstein en Vranken 2003, nr. 43.

61 Zie voor mijn visie over deze 'nieuwe' externe subsidiariteitsregel § 5.5-5.7

62 Van Nispen 2003, nr. 28; Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516 en nr. 525. Asser-Hijma I 2001, nr. 528 en nrs. 496-497, Smits 1999, p. 92 en De Vries 1997, p. 146-147, 211 benadrukken uitdrukkelijk de keuzevrijheid van de schuldeiser

subsidiariteitstoetsing slechts in uitzonderlijke gevallen ertoe leidt dat de algehele ontbinding ondergeschikt is aan de gedeeltelijke ontbinding. Daarmee gaan deze auteurs dus uit van het door de wetgever gehanteerde uitgangspunt van een recht op algehele ontbinding, stemmen zij in met de (zeer) beperkte invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel en wijken zij af van hetgeen door de aanhangers van de moderne benadering wordt voorgestaan. Hoewel zij dit niet expliciet stellen, zijn zij dus kennelijk van mening dat de gedeeltelijke ontbinding/prestatie het belang van de schuldeiser doorgaans niet voldoende kan behartigen.

Echter alleen als het gaat om een tekortkoming in de nakoming van een leverantie- of duurovereenkomst, nemen (ook) de tegenstanders van de moderne benadering aan dat de afweging uit de tenzij-clausule in de weg staat aan algehele ontbinding.⁶³ Zij menen derhalve dat de interne subsidiariteitstoetsing ertoe leidt dat de *toekomstig* gedeeltelijke ontbinding voorop staat en de algehele ontbinding hieraan subsidiair is. Deze interne subsidiariteit van de algehele ontbinding doet zich volgens hen evenwel niet voor, wanneer de verschillende deelprestaties samen één onlosmakelijk geheel vormen.⁶⁴ Als voorbeelden van een dergelijk onverbrekelijk verband waarvoor alleen algehele ontbinding in aanmerking komt, worden genoemd: de periodieke levering van de delen van een encyclopedie en de aflevering in gedeelten van bouw-materiaal dat bijzondere kenmerken heeft en in zijn totaliteit is benodigd.⁶⁵ Voor deze interne subsidiariteitsregel annex uitzondering bij duurovereenkomsten verwijzen zij (opnieuw) naar de parlementaire geschiedenis. Zoals hiervoor reeds is behandeld, volgt daaruit immers dat de oorspronkelijke art. 6.5.4.11 en 12 (inhoudende dat algehele ontbinding niet mogelijk is bij een tekortkoming in de nakoming van een naar tijdsruimte deelbare verbintenis tenzij een onverbrekelijk verband bestaat) via de tenzij-clausule van invloed zijn gebleven.

Benadrukt zij evenwel dat afgezien van de tekortkoming in de nakoming van een duurovereenkomst, de tegenstanders van de moderne benadering grote waarde hechten aan de keuzevrijheid van de schuldeiser voor algehele of gedeeltelijke ontbinding. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan het interne subsidiariteitsbeginsel hierop een beperking aanbrengen. De conclusie luidt dan ook dat de tegenstanders als vuistregel aannemen dat de algehele ontbinding niet subsidiair is aan de gedeeltelijke ontbinding.

6.6 Intermezzo

Wanneer de opvattingen van de aanhangers van de moderne benadering en die van de tegenstanders tegen elkaar worden afgezet, blijkt dat er over de invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel eenstemmigheid heerst wanneer het gaat om (i) een

63 Van Nispen 2003, nr. 26; Asser-Hartkamp II 2005, nr. 525; Asser-Hijma I 2001, nr. 532-533; De Vries 1997, p. 153 en p. 211-214; Valk 1997a, p. 58.

64 Zie de in de vorige noot genoemde literatuur.

65 Asser-Hijma I 2001, nr. 533; De Vries 1997, p. 213

kwalitatieve tekortkoming, en (ii) wanneer het een tekortkoming in de nakoming van een duurovereenkomst betreft.

Zo wordt in beide stromingen aangenomen dat de schuldeiser die geconfronteerd wordt met een kwalitatieve tekortkoming in de regel keuzevrijheid geniet.⁶⁶ Het lijkt er zelfs naar dat men ervan uitgaat dat hier voor het interne subsidiariteitsbeginsel in het geheel geen rol is weggelegd. De reden hiervoor is gelegen in de gedachte dat van de schuldeiser niet gevergd kan worden dat hij genoeg neemt met een prestatie van mindere kwaliteit tegen een evenredige vermindering van zijn eigen prestatie. Dat ook het driemanschap deze opvatting is toegedaan, blijkt wel uit de overweging dat de schuldeiser recht heeft op algehele ontbinding 'nu hij zich in het algemeen op het standpunt mag stellen dat alleen volledige en geheel correcte nakoming betekenis heeft, en dat hij gedeeltelijke of niet-behoorlijke nakoming niet als nakoming aanvaardt'.⁶⁷

Betreft het daarentegen een tekortkoming in de nakoming van een duurovereenkomst dan wordt, eveneens in navolging van de wetsgeschiedenis, algemeen aangenomen dat de schuldeiser in beginsel slechts kan overgaan tot ontbinding voor de toekomst. Vanuit intern subsidiariteitsoogpunt betekent dit dat algehele ontbinding in de regel subsidiair is aan toekomstig gedeeltelijke ontbinding. Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat ingeval van een duurovereenkomst de gedeeltelijke ontbinding/prestatie het belang van de schuldeiser meestal afdoende kan behartigen zodat algehele ontbinding niet gerechtvaardigd is.

Omstreden is evenwel de interne subsidiariteitskwestie bij een kwantitatieve tekortkoming. Zo bepleiten de aanhangers van de moderne benadering als vuistregel dat algehele ontbinding in dat geval subsidiair is aan gedeeltelijke ontbinding, terwijl de tegenstanders met een beroep op de rechtszekerheid instemmen met de wetsgeschiedenis en de rechtspraak, waarin wordt uitgegaan van een recht op algehele ontbinding en een zeer beperkte invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel.

6.7 Het belang van een expliciete toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel. Een aantal vuistregels

Naar aanleiding van het voorgaande zou ik over de verhouding van de algehele ontbinding tot de gedeeltelijke ontbinding (prijsvermindering) het volgende willen opmerken. Vooropgesteld moet worden dat bij de vraag of algehele dan wel slechts gedeeltelijke ontbinding gerechtvaardigd is, de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar tegen elkaar moeten worden afgewogen. Deze belangenafweging kan

66 Weliswaar heeft Hartlief bepleit dat ingeval van een kwalitatieve tekortkoming ontbinding (extern) subsidiair is aan nakoming met aanvullende schadevergoeding, maar in zijn bewerking van art. 265, aant. 3 lijkt hij zich aan te sluiten bij hetgeen De Jong heeft bepleit, nu hij daar schrijft dat de schuldeiser eerder van een gedeeltelijke ontbinding zal kunnen afzien en voor algehele ontbinding zal kunnen kiezen bij een kwalitatieve tekortkoming dan bij een tekortkoming die betrekking heeft op de kwantiteit

67 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1021

volgens mij slechts op zuivere wijze geschieden als daarbij wordt nagegaan of de gedeeltelijke ontbinding c.q. de gedeeltelijke prestatie het belang van de schuldeiser afdoende kan dienen. Gebleken is dat de wetgever deze interne subsidiariteitskwestie heeft doen opgaan in de meer algemene (proportionaliteits)vraag of de tekortkoming (het te dienen belang) de nadelige gevolgen van de gekozen vorm van ontbinding (het te schaden belang) kan rechtvaardigen (de tenzij-clausule). Daarmee is de cruciale vraag of de gedeeltelijke ontbinding/prestatie de schuldeiser voldoende soelaas biedt, in de wetsgeschiedenis en vervolgens ook in de rechtspraak en literatuur goeddeels uit het oog verloren. Ik zou dan ook in de eerste plaats ervoor willen pleiten dat, anders dan thans het geval is, de toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel *expliciet* wordt uitgevoerd wanneer de schuldenaar zich bij wege van verweer tegen een door de schuldeiser gewenste algehele ontbinding beroept op het alternatief van gedeeltelijke ontbinding en/of de tenzij-clausule. In hoeverre de interne subsidiariteits-toetsing dan tot gevolg heeft dat de algehele ontbinding subsidiair is aan de gedeeltelijke ontbinding is uiteraard afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hoewel een eensluidend antwoord dus niet valt te geven, kan naar mijn mening niettemin een aantal vuistregels worden geformuleerd waarmee de toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel meer houvast kan worden gegeven. Daartoe zullen, voor zover mogelijk, eerst regels worden opgesteld voor de tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit een 'eenmalige' overeenkomst en vervolgens voor de tekortkoming in de nakoming van een duurovereenkomst. Deze vuistregels, zo zal blijken, komen voor een belangrijk deel overeen met hetgeen in de literatuur wordt verdedigd.

Wordt een (hoofd)verbintenis uit een eenmalige overeenkomst in het geheel niet nagekomen, zodat de schuldeiser dus niets ontvangt, dan zal een vermindering van zijn eigen prestatie hem in geen enkel opzicht kunnen baten. De (interne subsidiariteits)vraag of de gedeeltelijke ontbinding het belang van de schuldeiser bij een algehele niet-nakoming genoegzaam kan dienen, zou ik dan ook ontkennend willen beantwoorden. Gesteld kan derhalve worden dat de gedeeltelijke ontbinding geen reeel alternatief vormt voor de algehele ontbinding, zodat als regel geldt dat bij een volledige tekortkoming algehele ontbinding niet subsidiair is aan (een vorm van) gedeeltelijke ontbinding.

Wanneer de schuldenaar zijn verbintenis gedeeltelijk niet nakomt in die zin dat de prestatie in hoeveelheid achterblijft (kwantitatieve tekortkoming), dan valt naar mijn mening evenwel aan te nemen dat de gedeeltelijke ontbinding het belang van de schuldeiser doorgaans wél genoegzaam dient. Het (correct) geleverde deel van de prestatie zal immers in het merendeel van de gevallen zijn waarde voor de schuldeiser behouden en het nadeel dat bestaat uit het niet of ondeugdelijk geleverde deel kan door de gedeeltelijke ontbinding worden weggenomen. Anders dan bij een volledige tekortkoming het geval is, vormt de gedeeltelijke ontbinding bij een kwantitatieve tekortkoming dus meestal wél een adequate remedie, zodat als vuistregel geldt dat de algehele ontbinding subsidiair is aan de *kwantitatief* gedeeltelijke ontbinding. In de discussie die er in de literatuur op dit punt bestaat, schaar ik mij dus aan de zijde van de moderne benadering.

Het tegenovergestelde gaat op ingeval de gedeeltelijke tekortkoming bestaat uit een kwalitatief mindere prestatie (kwalitatieve tekortkoming). Zo is de algehele ontbinding doorgaans niet ondergeschikt aan de *kwalitatief* gedeeltelijke ontbinding. Dit heeft te maken met het feit dat er bij een kwalitatief gedeeltelijke ontbinding, anders dan bij de kwantitatieve variant, geen sprake is van een vermindering, maar een verandering van het contractueel synallagma. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat een schuldenaar op het afgesproken tijdstip in plaats van de overeengekomen 20 kisten Gevrey-Chambertin uit het 'grote jaar' 1989, 20 kisten Gevrey-Chambertin uit het veel minder goede jaar 1990 heeft geleverd. Zou nu de algehele ontbinding ondergeschikt zijn aan de (kwalitatief) gedeeltelijke ontbinding, dan moet de schuldeiser genoegen nemen met de geleverde 20 kisten Gevrey-Chambertin 1990 tegen een evenredige vermindering van de door hem te betalen koopprijs. De schuldeiser is evenwel een overeenkomst aangegaan voor 20 kisten Gevrey-Chambertin 1989, en daarmee is geenszins gezegd dat hij tegen een prijskorting ook wel 20 kisten Gevrey-Chambertin 1990 zou hebben gewild. Het – zonder instemming van de schuldeiser – opleggen van de kwalitatief gedeeltelijke ontbinding levert dus een aantasting op van het beginsel van contractvrijheid. Naar mijn mening betekent deze aantasting voor het interne subsidiariteitsbeginsel dat ervan moet worden uitgegaan dat de kwalitatief gedeeltelijke ontbinding het belang van de schuldeiser niet evengoed kan behartigen als de algehele ontbinding. Wanneer de schuldeiser zelf ervoor kiest de kwalitatief mindere prestatie te behouden tegen een evenredige vermindering van de eigen prestatie, ligt dit uiteraard anders. Immers, als de schuldeiser eigener beweging ertoe besluit om gedeeltelijk te ontbinden dan kan zijn nadeel hierdoor kennelijk afdoende worden weggenomen. Met andere woorden, het interne subsidiariteitsbeginsel is bij een kwalitatieve tekortkoming in principe slechts van toepassing als de schuldeiser hieraan zelf toepassing geeft. Aldus sluit ik me aan bij de heersende leer, waarin evenzeer wordt uitgegaan van keuzevrijheid voor de schuldeiser en de vuistregel geldt dat de algehele ontbinding niet subsidiair is aan de kwalitatief gedeeltelijke ontbinding. Dat het hier (toch nog) gaat om een vuistregel wordt duidelijk als men bedenkt dat een uitzondering mogelijk is wanneer de mindere kwaliteit dusdanig ondergeschikt is, dat evident is dat het belang van de schuldeiser genoegzaam wordt gediend door de gedeeltelijke ontbinding/prestatie.⁶⁸ Gelet op de spanning met het beginsel van contractvrijheid, pleit ik evenwel ervoor om een uitzondering op de vuistregel alléén in (zeer) sprekende gevallen te aanvaarden.

Ook voor een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit een duurovereenkomst kan een vuistregel worden opgesteld. Zoals in het voorgaande is behandeld, geldt naar de heersende leer dat wanneer tekortgeschoten wordt in de nakoming van een duurverbintenis de algehele ontbinding in de regel subsidiair is aan de *toekomstig* gedeeltelijke ontbinding. Deze vuistregel acht ik juist, nu de prestaties in het verleden meestal van nut zullen zijn/blijven voor de schuldeiser, zodat de toekomstig gedeeltelijke ontbinding zijn nadeel afdoende kan wegnemen.

68 Zo komt mij voor dat algehele ontbinding subsidiair is aan gedeeltelijke ontbinding wanneer bijvoorbeeld bij een afgeleverde fiets de verlichting niet werkt

Meer in het algemeen wil ik ten slotte nog opmerken dat niet alleen de keuze tussen algehele en gedeeltelijke ontbinding, maar ook de keuze tussen de verschillende vormen van gedeeltelijke ontbinding onderworpen is aan de interne subsidiariteitstoetsing. Echter, vuistregels voor de onderlinge (interne subsidiariteits)verhouding van de verschillende vormen van gedeeltelijke ontbinding vallen m.i. niet op te stellen, nu dit geheel gekleurd wordt door de omstandigheden van het geval. Ook hier geldt evenwel dat, zoals in het begin van deze paragraaf al is opgemerkt, niet genoeg benadrukt kan worden dat bij de vraag welke wijze van uitoefening van de ontbindingsremedie gerechtvaardigd is, doorslaggevend is of de minder vergaande wijze van uitoefening het belang van de schuldeiser evengoed kan dienen als de verderstrekende wijze van uitoefening. Het is deze vraag die de rechter zich (uitdrukkelijk) dient te stellen als de schuldenaar een beroep doet op (de interne subsidiariteitstoetsing die besloten ligt in) de tenzij-clausule en die ertoe leidt dat een zuivere belangenafweging plaatsvindt.

7.1 Inleiding

In het voorgaande is gebleken dat van 'de' schadevergoedingsremedie eigenlijk niet gesproken kan worden. Zo bleek dat schadevergoeding erop gericht kan zijn het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming weg te nemen. Dit is het geval als de oorspronkelijke verbintenis van de schuldenaar wordt omgezet in een (vervangende) schadevergoedingsverbintenis. In dat geval verkrijgt de schuldeiser dus niet de feitelijke prestatie, maar de vervangende waarde ervan. De remedie van *vervangende* schadevergoeding staat daarmee dus op één lijn met de (hoofd)remedies van ontbinding en nakoming. Anderzijds kan schadevergoeding zien op nadeel dat de schuldeiser lijdt als gevolg van de tekortkoming. Dit nadeel, dat kan bestaan uit bijkomende schade of vertragschade, wordt door de hoofdremedies, gericht als zij zijn op de tekortkoming als zodanig, niet vereffend. Dit verklaart ook waarom de remedie van *aanvullende* schadevergoeding tegelijkertijd met de remedies van nakoming, vervangende schadevergoeding of ontbinding kan worden uitgeoefend. Zoals het woordgebruik in wezen al aangeeft, vult deze schadevergoedingsremedie de toepassing van de hoofdremedies aan en kent zij dus een eigen karakter.

Dit onderscheid in schadevergoedingsremedies bleek in hoofdstuk 4 van beslissende invloed te zijn op de verhouding van schadevergoeding tot nakoming. Zo bleek de (hoofd)remedie van vervangende schadevergoeding in de regel subsidiair te zijn aan de minder vergaande (hoofd)remedie van nakoming. Voor de aanvullende schadevergoedingsremedie is daarentegen duidelijk geworden dat een dergelijke ondergeschiktheid aan de nakoming zich nimmer voordoet. Aldus is de externe gelding van het subsidiariteitsbeginsel bij de schadevergoedingsremedies vast komen te staan. Thans zal worden onderzocht of en, zo ja, in hoeverre de vervangende schadevergoeding en de aanvullende schadevergoeding intern beheerst wordt door het subsidiariteitsbeginsel. Dit betekent dat voor beide remedies wordt gezien wat de verhouding is van volledige schadevergoeding tot gedeeltelijke schadevergoeding. Net als voor de externe gelding zal ook voor de interne gelding van het subsidiariteitsbeginsel blijken dat het dogmatische onderscheid tussen de schadevergoeding als hoofdremedie en als aanvullende remedie van cruciale betekenis is.

7.2 Volledige of gedeeltelijke vervangende schadevergoeding: gelijkenis met ontbinding

Volgens het eerste lid van art. 6:74 geeft iedere tekortkoming de schuldeiser recht op vergoeding van de schade die hij daardoor lijdt, mits de tekortkoming maar aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Wil de schuldeiser overgaan tot het vorderen van *vervangende* schadevergoeding dan voegt art. 6:87 lid 1 hieraan toe dat hij zijn wanpresterende schuldenaar een schriftelijke (omzettings)verklaring moet sturen waarin hij meedeelt schadevergoeding in plaats van nakoming te vorderen.¹ Althans in beginsel. Als nakoming blijvend onmogelijk is (geworden), is een omzettingsverklaring niet (meer) nodig maar wordt de oorspronkelijke verbintenis op grond van art. 6:74 lid 1 van rechtswege vervangen door een schadevergoedingsverbintenis.² Nu in het merendeel van de gevallen nakoming nog gewoon mogelijk is, zal het versturen van een omzettingsverklaring doorgaans zijn vereist. Het tweede lid van art. 6:87 bepaalt dat omzetting in een vervangende schadevergoedingsverbintenis evenwel niet plaatsvindt, die door de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd. Hoewel deze uitzonderingsbepaling lijkt te zijn toegespitst op het blokkeren van de werking van de omzettingsverklaring, volgt uit de hierna te bespreken wetsgeschiedenis dat zij óók van toepassing is in geval de vervangende schadevergoedingsverbintenis van rechtswege intreedt omdat nakoming blijvend onmogelijk is.³

Art. 6:87 lid 2 koppelt de tekortkoming dus aan de nadelige gevolgen van de (omzetting in een verbintenis tot) vervangende schadevergoeding. Omdat de vervangende schadevergoedingsremedie ziet op het opheffen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming, brengt deze bepaling dus mee dat tussen dit te dienen belang (de tekortkoming) enerzijds en de voor de schuldenaar nadelige gevolgen van de vervangende schadevergoeding anderzijds geen onevenredigheid mag bestaan.⁴ Daarmee omvat art. 6:87 lid 2 derhalve een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel.⁵

Voor de (vergelijkbare hoofdremedie van) ontbinding is in art. 6:265 lid 1 een overeenkomstige regeling neergelegd: iedere tekortkoming geeft recht op ontbinding, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbin-

1 Hetgeen eventueel reeds is ontvangen moet dan op grond van onverschuldigde betaling aan de schuldenaar worden gerestitueerd: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 377; Verbintenissenrecht (Wissink), art. 87, aant. 7.

2 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 301. Zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 262 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 311.

3 Vgl. Verbintenissenrecht (Broekema-Engelen), art. 74, aant. 48 die voor 'de omzetting van rechtswege' uitgaat van analoge toepassing van art. 6:87 lid 2, eventueel via art. 6:2 lid 2 of art. 6:248 lid 2.

4 Vgl. Hartlief 1997, p. 199; Van Nispen 2003, nr. 10.

5 Zie nader over de invloed van het proportionaliteitsbeginsel bij de vervangende schadevergoedingsremedie hoofdstuk 10 (§ 2).

ding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.⁶ In het vorige hoofdstuk is gebleken dat bij ontbinding op grond van deze (algemene) proportionaliteitstoetsing een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel kan worden verricht. Hetzelfde geldt nu voor art. 6:87 lid 2. Dit kan ten eerste uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid.

De interne subsidiariteitskwestie bij de vervangende schadevergoedingsremedie is in de parlementaire geschiedenis aan de orde gekomen in het kader van de vraag of de schuldeiser een prestatie die gedeeltelijk of in kwalitatieve zin (toerekenbaar) achterblijft bij hetgeen de verbintenis vergt en die blijvend van aard is, mag weigeren. In geval van een blijvende (toerekenbare) onmogelijkheid van nakoming wordt de oorspronkelijke verbintenis van rechtswege omgezet in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding. Dit betekent dat 'de weigeringsbevoegdheid' van de schuldeiser impliceert dat hij bij een gedeeltelijke of onbehoorlijke prestatie (van rechtswege) recht heeft op volledige vervangende schadevergoeding. Ter illustratie kan het volgende dienen. Stel dat een deel van een te leveren Chinees theeservies in scherven ligt (toerekenbare kwantitatieve tekortkoming) of dat een in een broche gezette diamant van veel mindere zuiverheid is dan overeengekomen (toerekenbare kwalitatieve tekortkoming). Als de schuldeiser deze gedeeltelijke en ondeugdelijke prestatie kan weigeren, dan heeft dit tot gevolg dat hij van rechtswege de volledige (vervangende) waarde van de prestaties kan vorderen.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat in het later geschrapte art. 6.1.8.12 aan de schuldeiser de bevoegdheid werd toegekend om een toerekenbaar gedeeltelijke of onbehoorlijke prestatie die blijvend van aard is, van de hand te wijzen. Daarmee beschikte de schuldeiser dus over een recht op volledige vervangende schadevergoeding. Althans in beginsel. Want in dezelfde bepaling was bij wijze van uitzondering opgenomen dat de schuldeiser een dergelijke prestatie niet kan weigeren, als de tekortkoming van ondergeschikt belang is dan wel wanneer de schuldeiser bij de (onvolkomen) prestatie belang heeft. Het is met name in de laatste uitzondering dat het interne subsidiariteitsbeginsel tot uitdrukking komt. Want uit het feit dat de gedeeltelijke of ondeugdelijke prestatie voor de schuldeiser van belang is, volgt immers dat hij afdoende wordt gediend als hij gedeeltelijke vervangende schadevergoeding verkrijgt. Geheel in overeenstemming met het interne subsidiariteitsbeginsel is de volledige vervangende schadevergoeding dan dus niet gerechtvaardigd. Dit betekent derhalve dat de schuldenaar bij een vordering tot volledige vervangende schadevergoeding op grond van art. 6.1.8.12 een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel kon inroepen.

Als gezegd, is deze bepaling later geschrapt. Uit de Memorie van Antwoord volgt dat dit is gedaan omdat 'niet afzonderlijk behoeft te worden bepaald, dat de schuldeiser bevoegd is een prestatie die niet aan de verbintenis beantwoordt, van de hand te

6 Evenzo: De Jong 2006, nr. 30; Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 198; Verbintenissenrecht (Wissink), art. 87, aant. 17. Ten onrechte (nog) anders Hartlief en Stulp 2000, p. 247 waar valt te lezen dat het toetsingskader bij de ontbinding, art. 6:265 lid 1 slot, beperkter is dan bij art. 6:87 lid 2 welke bepaling (wel) een volledig evenredige verhouding tussen de tekortkoming en de remedie zou vereisen. Zie ook Hartlief 1997, p. 199.

wijzen, onverschillig of de tekortkoming nog op te heffen is of niet. Vooropgesteld mag immers worden dat de verbintenis de schuldeiser recht geeft op correcte nakoming.⁷ Daarbij wordt er bovendien nog op gewezen dat de schuldeiser de gedeeltelijke of kwalitatieve tekortkoming evenzeer kan weigeren als zij niet toerekenbaar is, nu hij zich dan kan bevrijden van zijn verplichting langs de weg van ontbinding.⁸ In het vorige hoofdstuk is komen vast te staan dat de schuldenaar zich tegen een vordering tot algehele ontbinding kan verweren door op grond van de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1 het interne subsidiariteitsbeginsel in te roepen; zodat de rechter dient na te gaan in hoeverre de gedeeltelijke ontbinding het belang van de schuldeiser afdoende kan dienen.

Uit de Memorie van Antwoord blijkt dat (de uitzondering van) art. 6.1.8.12 weliswaar geschrapt is, maar dat de weigeringsbevoegdheid, en daarmee het recht op volledige vervangende schadevergoeding, niet onbegrensd is. Zo wordt overwogen, dat zich uiteraard wél het geval kan voordoen dat een weigering van de prestatie niet door de tekortkoming gerechtvaardigd wordt, gezien haar geringe betekenis of de andere omstandigheden van het geval. Gesteld wordt dat het wenselijk is om aan de rechter de nodige vrijheid te laten zulks aan de hand van art. 6:2 en art. 6:248 te beoordelen, waarbij hij tevens acht zal kunnen slaan op hetgeen bepaald is in art. 6:87 lid 2 en de slotzinsnede van art. 6:265 lid 1.⁹ Toegespitst op de vervangende schadevergoeding betekent dit dus dat in de visie van de wetgever de volledige uitoefening daarvan (algehele omzetting) niet gerechtvaardigd is als het te dienen belang (de tekortkoming) in een onevenredige verhouding staat tot het te schaden belang. Deze proportionaliteitstoetsing kan blijkens de toelichting dus niet alleen plaatsvinden op grond van art. 6:87 lid 2, maar kennelijk ook via de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 en art. 6:248.

Nu wordt in de aangehaalde passage niet gesteld dat bij de vraag of de tekortkoming de weigering, de volledige vervangende schadevergoeding, rechtvaardigt, nagegaan moet worden of de gedeeltelijke prestatie/de gedeeltelijke schadevergoeding het belang van de schuldeiser behoorlijk kan behartigen. Dit, terwijl deze interne subsidiariteitstoetsing in het kader van art. 6.1.8.12 wel uitdrukkelijk werd genoemd. Dat niettemin moet worden aangenomen dat een dergelijke toetsing bij de toepassing van art. 6:87 lid 2 (of via art. 6:248 lid 2) wel mogelijk is, volgt ten eerste uit het feit dat de interne subsidiariteitsuitzondering van het oorspronkelijke art. 6.1.8.12 in de Memorie van Antwoord als het ware wordt overgeheveld naar de ruimere (proportionaliteits)uitzondering van art. 6:87 lid 2 (of van art. 6:248 lid 2). Daarnaast moet worden bedacht dat het interne subsidiariteitsbeginsel een nadere invulling behelst van het algemenere, wel expliciet aanvaarde, proportionaliteitsbeginsel. Het interne subsidiariteitsbeginsel ziet immers op de proportionaliteit van de wijze van uitoefening van een remedie. Niettemin heeft het zin onderscheid tussen beide beginselen te maken, omdat, zo blijkt ook hier maar weer, anders uit het oog wordt verloren welke afweging

7 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 311. Vgl. ook VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 310.

8 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 311.

9 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, t.a.p.

exact moet worden verricht als het gaat om de verhouding tussen de algehele en de gedeeltelijke wijze van uitoefening van een remedie.

Geconcludeerd kan dus worden dat in de algemene proportionaliteitsafweging van art. 6:87 lid 2 (of in art. 6:248 lid 2) een interne subsidiariteitstoetsing verborgen ligt. Uit de parlementaire geschiedenis volgt evenwel dat deze toetsing in de regel géén beletsel vormt voor het vorderen van volledig vervangende schadevergoeding. Immers, als uitgangspunt geldt dat de schuldeiser *recht* heeft op álgehele nakoming, zodat hij bevoegd is om een prestatie die niet aan de verbintenis beantwoordt geheel van de hand te wijzen. Dit brengt mee dat de schuldeiser ook in de regel *recht* heeft op volledige uitoefening van de nakomingssurrogaat: de remedie van vervangende schadevergoeding. Aldus blijkt impliciet dat verondersteld wordt dat de gedeeltelijke/onbehoorlijke prestatie en daarmee gedeeltelijke vervangende schadevergoeding de schuldeiser doorgaans niet evengoed kan dienen als volledige vervangende schadevergoeding. Uit de wetsgeschiedenis kan kortom worden afgeleid dat in art. 6:87 lid 2 (en in art. 6:248 lid 2) weliswaar een interne subsidiariteitstoetsing schuilt, maar dat zij in de regel ertoe leidt dat de volledig vervangende schadevergoeding niet subsidiair is aan de gedeeltelijk vervangende schadevergoeding.

Ook uit de (spaarzame) literatuur volgt dat art. 6:87 lid 2 een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel omsluit. Geschreven wordt namelijk dat als de tekortkoming slechts een klein gebrek betreft, art. 6:87 lid 2 meebrengt dat niet een algehele omzetting maar slechts een gedeeltelijke omzetting gerechtvaardigd is.¹⁰ Daarbij wordt door Hartkamp een onderscheid gemaakt tussen omzetting van een hoofdverplichting en omzetting van een nevenverplichting. Zo stelt Hartkamp dat de schuldeiser die een gebrekkige zaak geleverd krijgt, kan kiezen tussen omzetting van de (hoofd)verplichting tot levering van de zaak en omzetting van de (neven)verplichting tot herstel van het gebrek. De omzetting van de hoofdverplichting is in de visie van Hartkamp evenwel niet mogelijk indien het gebrek niet ernstig genoeg is om deze (algehele) omzetting te rechtvaardigen.¹¹

Hantering van het onderscheid tussen de hoofd- en nevenverbintenis bij een gedeeltelijke of ondeugdelijke tekortkoming acht ik evenwel onnodig en verwarrend. Daardoor dreigt namelijk verhuld te worden dat het in wezen gaat om de verhouding tussen volledige (omzetting in een verbintenis tot) vervangende schadevergoeding en gedeeltelijke (omzetting in een verbintenis tot) vervangende schadevergoeding en daarmee om een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel. De uitsplitsing in (de omzetting van) een hoofd- en nevenverplichting is voor deze toetsing geenszins noodzakelijk. Een voorbeeld, aan De Vries ontleend,¹² kan dit verduidelijken.

Stel dat een auto wordt afgeleverd waarin nagelaten is een asbakje te plaatsen dan wel waarin het wel geplaatste asbakje ondeugdelijk is. Aangenomen dat dit een 'klein gebrek' betreft, leidt dit in de visie van Hartkamp ertoe dat omzetting van de

10 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 377; De Vries 1997, p. 107-108. Vgl. ook – onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis – Van Nispen 2003, nr. 18.

11 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 377.

12 De Vries 1997, p. 107.

‘hoofdverplichting tot levering’ van de auto met een (behoorlijk) asbakje, niet gerechtvaardigd is omdat de tekortkoming niet ernstig genoeg is. In plaats van het – onder teruggave van de gebrekkige auto – vorderen van de volledige waarde van de auto (algehele omzetting), blijft de omzetting volgens Hartkamp dan beperkt tot ‘de nevenverplichting tot herstel van het gebrek’. Daarmee wordt dus duidelijk dat de schuldeiser in zijn zienswijze in plaats van de *algehele* waarde van de prestatie, alleen de herstelkosten, hetgeen m.i. neerkomt op de ontbrekende (*gedeeltelijke*) waarde van de prestatie, kan vorderen. De reden dat algehele omzetting subsidiair is, is gelegen in het feit dat de gedeeltelijke tekortkoming in combinatie met de gedeeltelijke omzetting het belang van de schuldeiser genoegzaam kan dienen; het gehanteerde onderscheid in een hoofd- en nevenverplichting is voor de interne subsidiariteitstoetsing geenszins vereist, doch werkt eerder versluierend.¹³

Benadrukt moet evenwel worden dat Hartkamp de vrijheid van de schuldeiser om te kiezen tussen volledige of gedeeltelijke vervangende schadevergoeding vooropstelt.¹⁴ Kennelijk meent hij dus dat de combinatie van de gedeeltelijke prestatie en de gedeeltelijke schadevergoeding het belang van de schuldeiser doorgaans niet behoorlijk zal kunnen dienen. Slechts in bijzondere gevallen kan dit anders liggen. In navolging van de wetsgeschiedenis hanteert hij derhalve de vuistregel dat de volledige vervangende schadevergoeding niet subsidiair is aan de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding.

Kort en goed blijkt dus uit de wetsgeschiedenis en de literatuur dat het interne subsidiariteitsbeginsel de remedie van vervangende schadevergoeding op gelijke wijze beheerst als de ontbindingsremedie.¹⁵ Aangenomen wordt dat de algemenere proportionaliteitstoetsing in uitzonderlijke gevallen kan meebrengen dat de remedie slechts gedeeltelijk kan worden uitgeoefend. Ook hier geldt evenwel dat als de wanpresterende schuldenaar zich bij wege van verweer tegen een vordering tot volledige vervangende schadevergoeding beroept op art. 6:87 lid 2 (of op art. 6:248 lid 2), er slechts sprake is van een ‘zuivere’ afweging van het te dienen belang tegenover het te schaden belang, indien (uitdrukkelijk) wordt nagegaan of het nadeel voor de schuldeiser evengoed door de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding als door de volledige vervangende schadevergoeding kan worden weggenomen. Daarom zou ik ervoor willen pleiten dat de toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel, evenals bij de ontbinding, *expliciet* wordt verricht indien de schuldenaar art. 6:87 lid 2 of art. 6:248 lid 2 inroept.

13 Immers, bij de vergelijkbare ontbindingsremedie wordt een dergelijk onderscheid tussen levering van de zaak (hoofdverplichting) en herstel van het gebrek (nevenverplichting) evenmin gemaakt bij de vraag of in geval van een gedeeltelijke tekortkoming, algehele ontbinding (ten aanzien van de hoofdverplichting) dan wel slechts gedeeltelijke ontbinding (ten aanzien van de nevenverplichting) mogelijk is.

14 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 377. Vgl. ook Verbintenissenrecht (Broekema-Engelen), art. 74, aant. 46: in voorkomende gevallen kan de schuldeiser opteren voor gedeeltelijke nakoming (of gedeeltelijke ontbinding) en voor het overige gedeelte voor vervangende schadevergoeding.

15 Anders (nog). Hartlief en Stolp 2000, p. 247 en Hartlief 1997, p. 199 die ervan uitgaan dat de uitzonderingsbepaling van art. 6:87 lid 2 een strengere proportionaliteitstoetsing en daarmee interne subsidiariteitstoetsing omvat dan art. 6:265 lid 1 slot.

7.2.1 Een aantal vuistregels

Het antwoord op de vraag wanneer het interne subsidiariteitsbeginsel (via de proportionaliteitsafweging) uit art. 6:87 lid 2 van invloed is, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Niettemin valt wel een aantal richtsnoeren te geven waarmee de interne subsidiariteitstoetsing wat meer 'handen en voeten' kan worden gegeven. Deze vuistregels komen overeen met die ik bij ontbinding heb bepleit. Dit is niet verwonderlijk wanneer bedacht wordt dat vervangende schadevergoeding en ontbinding gelijksoortige (hoofd)remedies zijn en ten opzichte van de (gedeeltelijke) tekortkoming op een zelfde niveau staan. Bovendien hebben zij veelal dezelfde gevolgen.¹⁶ Met het gevaar af op herhaling kunnen voor de verhouding tussen volledige en gedeeltelijke vervangende schadevergoeding dan ook de volgende vuistregels worden geformuleerd.

Wanneer de schuldeiser in het geheel niets ontvangt (algehele tekortkoming), zal een gedeeltelijke vergoeding van de waarde van de niet-verrichte prestatie zijn nadeel niet afdoende kunnen wegnemen. Nu de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding in geval van een algehele wanprestatie doorgaans géén reeel alternatief voor de schuldeiser vormt, is de volledige vervangende schadevergoeding hieraan dus niet subsidiair.

Komt de schuldenaar zijn verbintenis slechts gedeeltelijk niet na in die zin dat de prestatie in hoeveelheid achterblijft (kwantitatieve tekortkoming), dan kan mijns inziens worden aangenomen dat de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding het belang van de schuldeiser in de regel wél genoegzaam dient. Het (correct) geleverde deel van de prestatie zal immers in het merendeel van de gevallen van waarde zijn én blijven voor de schuldeiser en het nadeel dat bestaat uit het niet- of ondeugdelijk verrichte deel kan door de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding worden opgeheven. Anders dan bij een algehele wanprestatie het geval is, vormt de gedeeltelijke schadevergoeding bij een kwantitatieve wanprestatie dus meestal wél een adequate remedie voor de schuldeiser, zodat als vuistregel geldt dat de volledige vervangende schadevergoeding dan niet gerechtvaardigd en daarmee subsidiair is aan de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding.

Het tegenovergestelde zou ik evenwel willen aannemen als de gedeeltelijke tekortkoming bestaat uit een prestatie die in kwaliteit beneden de maat blijft (kwalitatieve tekortkoming). Dit heeft te maken met het feit dat het opdringen van de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding hier tot gevolg heeft dat een inbreuk wordt gemaakt op het beginsel van contractvrijheid. Bij de ontbinding heb ik het voorbeeld aangehaald van de levering van 20 kisten wijn die niet van het afgesproken 'grote' jaar zijn, maar van een (veel) minder goed jaar. Wanneer nu de volledige vervangende schadevergoeding ondergeschikt zou zijn aan de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding, moet (ook hier) de schuldeiser genoegen nemen met kwalitatief mindere wijn tegen een vergoeding ter grootte van de waardevermindering. Het is echter geenszins gezegd dat de schuldeiser de kwalitatief mindere prestatie ook wel zou hebben gewild tegen een gedeeltelijke vervangende schadevergoeding. Deze aantasting

¹⁶ In § 5.7.1 is de vervangende schadevergoeding 'als equivalent van ontbinding' besproken.

van de contractvrijheid heeft voor het interne subsidiariteitsbeginsel dan ook tot gevolg dat moet worden aangenomen dat de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding in geval van een kwalitatieve wanprestatie het belang van de schuldeiser niet (even-goed) kan dienen als de volledige vervangende schadevergoeding. Natuurlijk ligt dit anders wanneer de schuldeiser zelf kiest om de kwalitatief mindere prestatie te behouden tegen een evenredige waardevergoeding. Immers, als hij eigener beweging overgaat tot het vorderen van gedeeltelijke vervangende schadevergoeding kan dit zijn belang kennelijk afdoende dienen. Aldus acht ik het uitgangspunt van keuzevrijheid voor de schuldeiser juist in geval van een kwalitatieve (toerekenbare) tekortkoming. Dat het hier niettemin een 'uitgangspunt' en dus vuistregel betreft, wordt duidelijk als men bedenkt dat zich een uitzondering kan voordoen wanneer de mindere kwaliteit dusdanig ondergeschikt is dat evident is dat het belang van de schuldeiser adequaat wordt behartigd door de gedeeltelijke schadevergoeding/prestatie.¹⁷ Gelet op de aantasting van het beginsel van contractvrijheid kan een dergelijke uitzondering op de vuistregel volgens mij evenwel slechts in (zeer) sprekende gevallen worden aangenomen.

Gaat het om een (toerekenbare) tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit een *duurovereenkomst* dan kan als vuistregel gehanteerd worden dat volledige vervangende schadevergoeding in de regel subsidiair is aan (gedeeltelijke) vervangende schadevergoeding voor toekomstige prestaties. Net als bij ontbinding, kan er volgens mij vanuit gegaan worden dat de prestaties in het verleden meestal hun waarde voor de schuldeiser zullen hebben en blijven behouden zodat de 'toekomstige' (gedeeltelijke) vervangende schadevergoeding zijn nadeel genoegzaam kan wegnemen.

Wanneer de schuldenaar zich tegen de vervangende schadevergoedingsvordering van de schuldeiser verweert, kunnen de genoemde vuistregels dus een indicatie vormen bij de te verrichten belangenafweging. Echter ook hier geldt dat bij de vraag welke wijze van uitoefening van de vervangende schadevergoedingsremedie door de tekortkoming gerechtvaardigd wordt (art. 6:87 lid 2), steeds in concreto moeten worden onderzocht of de minder vergaande wijze van uitoefening het belang van de schuldeiser voldoende soelaas biedt. Slechts dan zal een zuivere belangenafweging plaatsvinden. Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat de (volledige of gedeeltelijke) vervangende schadevergoeding zonder meer mogelijk is. Zo kan zij nog stuklopen op het proportionaliteitsbeginsel 'in strikte zin' zoals dit is neergelegd in art. 6:87 lid 2, dan wel dat via art. 6:248 lid 2 kan worden ingeroepen. In welke mate de 'zuivere' proportionaliteitstoetsing nog in de weg kan staan aan de (volledige of gedeeltelijke) uitoefening van de vervangende schadevergoedingsremedie wordt in hoofdstuk 10, § 2, onderzocht. Thans resteert de vraag in hoeverre het interne subsidiariteitsbeginsel van invloed is op uitoefening van de remedie van aanvullende schadevergoeding.

17 Zoals in het aangehaalde voorbeeld van de geleverde auto waarin is nagelaten een asbakje te plaatsen dan wel waarin het wel geplaatste asbakje een defect vertoont

7.3 De bijzondere aard van *aanvullende schadevergoeding*

Anders dan bij de vervangende schadevergoeding, is het antwoord op de vraag in hoeverre de *aanvullende* schadevergoedingsremedie beheerst wordt door het interne subsidiariteitsbeginsel, weinig gecompliceerd. Zo brengt het eerste lid van art. 6:74 mee dat *alle* aanvullende schade die het gevolg is van de wanprestatie vergoed moet worden. Immers, iedere toerekenbare tekortkoming verplicht de schuldenaar om *de schade* die de schuldeiser daardoor lijdt, te vergoeden. Aangezien de interne subsidiariteitstoetsing van art. 6:87 lid 2 op de aanvullende schadevergoedingsremedie niet van toepassing is, betekent dit dat de schuldeiser krachtens art. 6:74 lid 1 recht heeft op volledige aanvullende schadevergoeding.

Nu is dit recht op volledige schadevergoeding evenwel niet onbegrensd. Zo bepaalt art. 6:98 dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt die schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust (i.c. de toerekenbare tekortkoming), dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Dit betekent dus dat enkel die schade die in voldoende (causaal) verband staat tot de tekortkoming voor vergoeding in aanmerking komt. Evenzo stelt art. 6:109 lid 1 grenzen aan de mogelijkheid tot het vorderen van volledige schadevergoeding. Zo geeft deze bepaling de rechter de bevoegdheid om de schadevergoeding te matigen, indien toekenning van de volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Daarmee wordt duidelijk dat het recht van de schuldeiser op volledige aanvullende schadevergoeding 'slechts' een uitgangspunt behelst; art. 6:98 en art. 6:109 lid 1 kunnen hierop uitzonderingen maken en aldus meebrengen dat vergoeding van slechts een deel van de aanvullende schade gevorderd kan worden.

De uitzonderingen op het recht op volledige aanvullende schadevergoeding zijn evenwel niet ingegeven door het interne subsidiariteitsbeginsel. Bedacht moet namelijk worden dat de gedeeltelijk aanvullende schadevergoeding nimmer een adequate (minder vergaande) wijze van uitoefening voor de schuldeiser oplevert. Dit geldt zowel wanneer de aanvullende schadevergoeding ziet op bijkomende schade, als wanneer de schuldeiser vergoeding van vertragingsschade vordert. Heeft de schuldenaar bijvoorbeeld (toerekenbaar) verkeerde grondstoffen geleverd waardoor de machines van de schuldeiser zijn vastgelopen, dan wordt zijn belang niet (behoorlijk) gediend als hij slechts een deel van de (bijkomende) schade aan zijn machines kan vorderen. Evenmin biedt de gedeeltelijke vergoeding van de schade die hij lijdt omdat hij niet tijdig over de (juiste) grondstoffen beschikt, hem (afdoende) soelaas. In beide gevallen wordt het nadeel, de schade, slechts weggenomen als volledige schadevergoeding kan worden gevorderd. Kort gezegd, kan de gedeeltelijke wijze van uitoefening het belang van de schuldeiser hier dus nooit evengoed behartigen als de volledige wijze van uitoefening. Dat dit bij de hoofdremedies wel het geval kan zijn, heeft te maken met het feit dat het nadeel (de tekortkoming) kan worden weggenomen door de gedeeltelijke nakominge in combinatie met de gedeeltelijke uitoefening van een andere hoofdremedie

(zoals ontbinding of vervangende schadevergoeding). De aanvullende schade kan daarentegen nooit volledig worden opgeheven door de combinatie van gedeeltelijke aanvullende schadevergoeding met gedeeltelijke nakoming, gedeeltelijke vervangende schadevergoeding of gedeeltelijke ontbinding. De eigen, bijzondere aard van de aanvullende schadevergoedingsremedie brengt derhalve mee dat zij niet onderworpen is aan het interne subsidiariteitsbeginsel. Een interne subsidiariteitstoetsing is hier dus nutteloos, en wordt daarom terecht niet door de wet vereist.

Dat in een voorkomend geval volgens art. 6:98 of art. 6:109 lid 1 niettemin slechts gedeeltelijke aanvullende schadevergoeding kan worden gevorderd, heeft alles te maken met het proportionaliteitsbeginsel. Anders dan bij de vervangende schadevergoedingsremedie vereist deze proportionaliteitstoetsing voor de aanvullende schadevergoeding geenszins een interne subsidiariteitstoetsing. Zo heeft de schuldeiser recht op volledige aanvullende schadevergoeding; alléén het proportionaliteitsbeginsel kan hierop een beperking aanbrengen. In hoofdstuk 10, § 3, zal nagegaan worden in welke mate de aanvullende schadevergoedingsremedie op dit beginsel kan afstuiten.

8.1 Inleiding

De externe subsidiariteitsanalyse heeft geleerd dat een schuldeiser die geconfronteerd wordt met een tekortkoming doorgaans in eerste instantie zijn toevlucht moet zoeken tot het vorderen van nakoming. Pas als de schuldeiser deze weg tevergeefs heeft afgelegd, kan hij overgaan tot uitoefening van de ontbindingsremedie of de remedie van vervangende schadevergoeding.¹ Kort en goed luidt het wettelijk uitgangspunt dus dat nakoming de primaire remedie voor een tekortkoming is.

Wanneer nu de schuldeiser overgaat tot toepassing van de primaire nakomingsremedie, roept het interne subsidiariteitsbeginsel de vraag op of de schuldeiser zonder meer algehele nakoming kan verlangen, óf is hij aangewezen op een vordering tot gedeeltelijke nakoming waardoor de tekortkoming evengoed wordt weggenomen? Daarbij komt dat de nakomingsremedie niet alleen volledig of gedeeltelijk kan worden uitgeoefend, maar zij vaak nog meer 'varianten' kent. Zo kan bijvoorbeeld de koper die een zaak krijgt afgeleverd die niet aan de overeenkomst beantwoordt, nakoming vorderen in de vorm van *aflevering van het ontbrekende* dan wel kan hij verlangen dat de verkoper de zaak op een bepaalde wijze *herstelt*, óf kan hij eisen dat de zaak wordt *vervangen*. Daarom luidt de vraag naar de invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel bij de nakoming meer in het algemeen: is de schuldeiser volledig vrij in zijn keuze bij de wijze van uitoefening van de nakomingsremedie of hij is aangewezen op de voor de schuldenaar minst vergaande nakomingsvorm? Deze vraag vormt het onderwerp van dit hoofdstuk.

8.2 Het bijzondere karakter van nakoming

Het onderzoek naar de invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel wordt bemoeilijkt door het feit dat de nakomingsremedie niet in de wet is opgenomen. Dat dit niet is gebeurd, vindt zijn oorzaak in het bijzondere karakter van de nakoming. Zo ontstaat

¹ Voor de verhouding van nakoming tot de aanvullende schadevergoedingsremedie volsta ik hier met een verwijzing naar § 4:3, waarin uitvoerig is besproken dat nakoming tegelijkertijd met aanvullende schadevergoeding kan worden gevorderd, zodat van een (externe) subsidiariteitsverhouding nimmer sprake kan zijn.

het recht op nakoming tegelijkertijd met het ontstaan van de verbintenis.² In tegenstelling tot de ontbinding en de (vervangende) schadevergoeding, vloeit de nakoming dus rechtstreeks voort uit de verbintenis; zij vormt daarvan als het ware de 'ruggengraat'.³ Van verschillende zijden wordt dan ook benadrukt dat nakoming een bevoegdheid is die de wederpartij vanaf het moment van opeisbaar worden van de verbintenis toekomt, en die niet pas ontstaat door een tekortkoming.⁴ Gelet op het feit dat de schuldeiser altijd al recht heeft op nakoming, is het bestaan van de nakoming als remedie voor een tekortkoming dus kennelijk dermate voor de hand liggend dat een wettelijke grondslag hiervoor achterwege is gelaten.⁵ Weliswaar bepaalt art. 3:296 lid 1 dat een veroordeling tot nakoming bij de rechter kan worden verkregen, maar deze 'processuele' bevoegdheid geldt in het algemeen, voor iedere verplichting, en is niet toegespitst op een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst.

De nakomingsremedie berust, materieel gezien, dus op de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis. Het feit dat de schuldeiser van datgene waarop de verbintenis recht geeft nakoming kan vorderen, brengt mee dat als de verbintenis slechts gedeeltelijk of ondeugdelijk wordt nagekomen, hij hiermee geen genoegen hoeft te nemen maar krachtens de verbintenis het *recht* heeft op algehele, correcte nakoming daarvan. Ook in de wetsgeschiedenis wordt uitgegaan van een dergelijk 'principeel' recht op nakoming, zo volgt uit de (in het vorige hoofdstuk reeds aangehaalde) toelichting op het later geschrapte art. 6.1.8.12. In deze bepaling was neergelegd dat de schuldeiser een gedeeltelijke of onbehoorlijke prestatie die blijvend van aard was, mocht weigeren. Het schrappen van deze regeling is toegelicht met de overweging dat een afzonderlijke bepaling op grond waarvan de schuldeiser bevoegd is een prestatie te weigeren wanneer zij is behept met een tekortkoming waarvan opheffing (blijvend) onmogelijk is, niet nodig is omdat vooropgesteld kan worden 'dat de verbintenis de schuldeiser recht geeft op correcte nakoming'.⁶ Dit uitgangspunt van een op de verbintenis gebaseerd recht op nakoming valt terug te voeren op het – voor ons contractenrecht zo wezenlijke – principe dat overeenkomsten moeten worden nagekomen ('pacta sunt servanda'). Wordt een contractpartij geconfronteerd met een tekortkoming, dan brengt dit beginsel logischerwijze mee dat zij éérs en vooral recht heeft op (correcte) nakoming en niet op een substituut, zoals ontbinding en/of schade-

2 Dit betekent overigens niet dat de schuldenaar ook altijd meteen vanaf het ontstaan van de verbintenis is gehouden de prestatie te verrichten. Daartoe is vereist dat de verbintenis opeisbaar is (vgl. art. 6:38-39). Wel kan de schuldeiser overigens reeds vóór het moment van opeisbaarheid een rechtsvordering instellen die ertoe strekt de schuldenaar tot nakoming te laten veroordelen om te gelegener tijd na te komen (vgl. art. 3:296 lid 2).

3 Ontleend aan Hesselink 1999, p. 309 die hiertoe Kotz aanhaalt.

4 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 356 en nr. 639, Asser-Hijma I 2001, nr. 373, Smits 2004, p. 18; Vermogensrecht (Jongbloed), art. 296, aant. 3; Van Nispen 2003, nr. 6 en 12; Veldman 2001, p. 727; De Vries 2000, p. 34 en dezelfde 1997, p. 3; Hesselink 1999, p. 304 en p. 309. Vgl. ook Vegter 1991, p. 154 die stelt dat een verbintenis primair gericht is op nakoming, en niet op schadevergoeding.

5 Vgl. De Vries 2000, p. 28 en dezelfde 1997, p. 3, Hesselink 1999, p. 304.

6 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 311.

vergoeding. Daarbij komt dat uitoefening van de remedies van ontbinding en/of schadevergoeding voor de tekortschietende schuldenaar in het algemeen meer ingrijpende gevolgen heeft dan toepassing van de nakomingsremedie. De vooropstelling van het recht op nakoming valt dus ook vanuit extern subsidiariteitsoogpunt te verklaren.

Als gezegd, is in art. 3:296 de 'processuele' bevoegdheid tot nakoming neergelegd. Zo bepaalt art. 3:296 lid 1 dat tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, wordt veroordeeld. De (tenzij)formulering laat uitkomen dat de rechter bij wijze van uitgangspunt gehouden is de tekortschietende schuldenaar tot nakoming te veroordelen. Geheel in overeenstemming met het recht op nakoming omvat deze bepaling dus de hoofdregel dat de schuldeiser ook recht heeft op een nakomingsveroordeling.⁷

Het in ons recht geldende, ongeschreven, uitgangspunt dat de schuldeiser geen genoegen hoeft te nemen met een kwantitatieve (gedeeltelijke) of kwalitatieve (ondeugdelijke) tekortkoming, maar krachtens de verbintenis recht heeft op correcte, algehele nakoming daarvan, betekent evenwel nog níet dat hij daarom volledig vrij is in de wijze van uitoefening van de nakomingsremedie. Want correcte, algehele, nakoming van de verbintenis kan de schuldeiser in principe door elke vorm van nakoming verwerven. Door het uitoefenen van de voor de schuldenaar minst ingrijpende wijze van nakoming is het immers heel goed mogelijk dat het nadeel dat bestaat uit de (kwantitatieve of kwalitatieve) tekortkoming wordt opgeheven, hetgeen erin resulteert dat de schuldeiser de algehele, correcte nakoming ontvangt waarop hij krachtens de verbintenis ('principieel') recht heeft. Daarmee maakt het interne subsidiariteitsbeginsel dus duidelijk dat een onderscheid bestaat tussen het *resultaat*, of beter: het *doel* van de nakomingsremedie: het verkrijgen van correcte, algehele nakoming van de verbintenis door het vereffenen van de tekortkoming enerzijds en de *wijze van uitoefening* van deze remedie anderzijds.

Bij de vraag in hoeverre de schuldeiser nu keuzevrijheid geniet bij de wijze van uitoefening van de nakomingsremedie, doet zich, als gezegd, de moeilijkheid voor dat deze remedie in boek 6 BW niet is opgenomen. Meer houvast biedt in dit verband de regeling uit de kooptitel van boek 7 BW, waarin de nakomingsremedie voor de koper is neergelegd en uitgewerkt. Zo komt hem op grond van art. 7:20-21 een aantal bijzondere nakomingsvorderingen toe indien de verkoper tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis. In het navolgende zal daarom eerst worden bezien in hoeverre in deze regeling een interne subsidiariteitstoetsing ligt besloten. Vervolgens zal voor de niet in de wet neergelegde, 'algemene' nakomingsremedie nagegaan worden of, en zo ja op welke wijze, zij door het interne subsidiariteitsbeginsel wordt beheerst.

7 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 639; Asser-Hijma I 2001, nr. 374; De Vries 2000, p. 43; Vermogensrecht (Jongbloed), art. 296, aant. 5, Schoordijk 1986, p. 407. Zie ook TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 895 waar wordt gesteld dat hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe in *het algemeen* kan worden veroordeeld (curs. MMS). Daarbij wordt er in de literatuur overigens op gewezen dat de schuldeiser er verstandig aan doet pas een vordering tot nakoming in te stellen in geval hij zeker weet dat de schuldenaar niet van plan is na te komen, dit in verband met het risico van veroordeling in de nodeloos gemaakte proceskosten (art. 237 Rv).

8.3 De nakomingsvorderingen van art. 7:20-21

De kooptitel kent vier nakomingsvarianten waarover de koper beschikt in geval de verkoper tekortschiet: (i) opheffing van de last of de beperking waarmee de zaak ten onrechte is behept (art. 7:20); (ii) aflevering van het ontbrekende (art. 7:21 lid 1 onder a); (iii) herstel van de afgeleverde zaak (art. 7:21 lid 1 onder b) en (iv) vervanging van de afgeleverde zaak (art. 7:21 lid 1 onder c). De vordering tot opheffing, tot aflevering van het ontbrekende en de herstellvordering betreffen alledrie een *gedeeltelijke* uitoefening van de nakomingsremedie. Immers, de koper (schuldeiser) behoudt in die gevallen de prestatie, maar vordert voor het niet correcte deel c.q. het niet verrichte deel ervan (gedeeltelijke) nakoming. De nakomingsvordering die vervanging van de zaak behelst, ziet daarentegen op algehele uitoefening van de nakomingsremedie; in dat geval verlangt de koper onder teruggave van de verrichte prestatie immers (alsnog) algehele nakoming van de verkoper. In het merendeel van de gevallen zal de koper liever ‘snelle’ vervanging dan ‘traag’ herstel wensen.⁸ Vanuit het interne subsidiariteitsbeginsel beschouwd, rijst daarmee de vraag in hoeverre de koper kan overgaan tot het vorderen van vervanging (algehele nakoming); staat deze wijze van uitoefening van de nakomingsremedie terstond tot zijn beschikking of is zij subsidiair aan de opheffing, de aflevering van het ontbrekende of het herstel (gedeeltelijke nakoming)?

Anderzijds is evenwel denkbaar dat in een voorkomend geval van de genoemde nakomingsvormen juist de vervanging voor de verkoper de minst ingrijpende nakomingswijze is. Dit roept de vraag op of de verkoper als de koper kiest voor één van de gedeeltelijke nakomingsvormen (opheffing, aflevering of herstel) een beroep toekomt op de interne subsidiariteitstoetsing. Wanneer het interne subsidiariteitsbeginsel de nakomingsregeling ex art. 7:20-21 zou beheersen, zou dit betekenen dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, nu eens de vervanging ondergeschikt is aan de gedeeltelijke nakomingsvarianten, terwijl juist dan weer één van de vormen van gedeeltelijke nakoming subsidiair is aan de vervanging. Tenslotte kan de vraag rijzen naar de onderlinge verhouding tussen de verschillende, gedeeltelijke nakomingsvormen. Omwille van de overzichtelijkheid worden de nakomingsvorderingen hieronder afzonderlijk besproken.

(i) Art. 7:21 lid 1 onder c: vervanging van de afgeleverde zaak

Als het afgeleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt, kan de koper op grond van art. 7:21 lid 1 onder c vervanging van de afgeleverde zaak eisen, *tenzij* de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen.⁹ De gelijkenis

⁸ Vgl. Smits 2002a, p. 1829

⁹ Voorts is in de tenzij-clausule van art. 7:21 lid 1 onder c nog als uitzondering op de vervanging opgenomen het geval dat de zaak teniet of achteruit is gegaan doordat de koper na het tijdstip dat hij redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moet houden, niet als een zorgvuldig schuldenaar

met de ontbinding en de vervangende schadevergoeding dringt zich hier op. Ook deze remedies kennen immers een dergelijke tenzij-clausule die uitoefening belet als zij niet door de tekortkoming wordt gerechtvaardigd.¹⁰ In de parlementaire toelichting wordt dan ook opgemerkt dat onder de zinsnede 'de afwijking die te gering is om vervanging te rechtvaardigen' hetzelfde moet worden verstaan als onder de geringe tekortkoming waarvan sprake is in (het slot van) art. 6:265 lid 1.¹¹ De nakomingsvordering die bestaat uit de vervanging is op grond van de tenzij-clausule van art. 7:21 lid 1 onder c dus onderworpen aan het proportionaliteitsbeginsel: het feit dat de afwijking (de tekortkoming) de vervanging moet rechtvaardigen, impliceert immers dat tussen de tekortkoming (het te dienen belang) en de nadelige gevolgen van de vervanging voor de verkoper (het te schaden belang) geen onevenredigheid mag bestaan.

Evenals het geval is bij de ontbinding en de vervangende schadevergoeding, volgt ook hier uit de parlementaire stukken dat in deze 'algemene' proportionaliteitsafweging een interne subsidiariteitstoetsing verborgen ligt. Zo wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat het denkbaar is dat het feit dat herstel (gedeeltelijke nakoming, *MMS*) bijzonder eenvoudig is ertoe leidt dat de afwijking als gering in de zin van de tenzij-clausule van sub c is te beschouwen.¹² Deze situatie, waarin de vervanging subsidiair is aan het herstel, wordt door de wetgever evenwel gezien als een uitzonderingsgeval. Vooropgesteld wordt namelijk dat bij de vraag of de afwijking de vervanging kan rechtvaardigen, het feit dat de afwijking door het herstel kan worden verholpen in beginsel zonder belang is, art. 7:21 lid 1 'kent de koper immers de keuze tussen (o m) herstel en vervanging toe'.¹³ Evenzo valt in de memorie van antwoord te lezen dat art. 7:21 aan de koper in beginsel het recht toekent om vervanging van een ondeugdelijke zaak te vorderen en dat de verkoper hem dit recht niet uit handen kan slaan door herstel aan te bieden. Dat het recht op vervanging evenwel niet meer dan *een uitgangspunt* betreft, volgt uit hetgeen vervolgens in de memorie van antwoord wordt overwogen, namelijk dat 'het gebrek voldoende ernstig (moet) zijn om vervanging te rechtvaardigen (lid 1 onder c)'. Naarmate de koper de zaak langer heeft gebruikt, komt op dit vereiste meer accent te vallen, zeker indien herstel eenvoudig is en door de verkoper wordt aangeboden.¹⁴ Aldus wordt duidelijk dat de wetgever een afweging aan het interne subsidiariteitsbeginsel heeft aanvaard. Deze afweging kan de vervanging echter niet alleen via de tenzij-clausule beheersen, maar kan ook nog via een andere weg plaatsvinden. Zo is het volgens de wetgever evenzeer mogelijk dat, ook al is de afwijking niet te gering om vervanging te rechtvaardigen, de koper in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou handelen door zijn keuze op vervanging

voor het behoud ervan heeft gezorgd. Nu deze uitzondering met het interne subsidiariteitsbeginsel niets van doen heeft, behoeft zij hier geen nadere bespreking.

10 Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 135 alwaar wordt gesteld dat de tenzij-clausule van art. 7:21 lid 1 onder c overeenkomt met het slot van art. 6:265 lid 1. Zie ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 141.

11 MvT, Parl. Gesch. Boek 7, p. 136.

12 MvT, Parl. Gesch. Boek 7, p. 136.

13 MvT, Parl. Gesch. Boek 7, p. 136. Kritisch hierover: Feenstra 1997, p. 247.

14 MvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 141.

te laten vallen zonder dat hij de verkoper de gelegenheid heeft geboden de zaak te herstellen. Het trekken van de juiste grenzen moet hier aan de praktijk worden overgelaten, aldus nog steeds de toelichting.¹⁵

Geconcludeerd kan dus worden dat als uitgangspunt geldt dat de koper recht heeft op algehele nakoming in de zin van vervanging. Niettemin kan op grond van de tenzij-bepaling van art. 7:21 de interne subsidiariteitstoetsing worden ingeroepen, als gevolg waarvan de vervanging (de algehele nakoming) subsidiair kan zijn aan herstel, aflevering van het ontbrekende of opheffing van de last of beperking (de gedeeltelijke nakoming).

Zoals ik in het begin van deze paragraaf al heb opgemerkt, is het evenwel heel goed mogelijk dat de vervanging voor de verkoper in verhouding tot de genoemde nakomingsvorderingen juist de minst vergaande wijze van nakoming oplevert. Zo zal de voorkeur van de verkoper bij een (goedkoop) wegwerpartikel bijvoorbeeld kunnen uitgaan naar vervanging boven herstel. Evenzo kan in het geval de afgeleverde zaak een bepaald onderdeel mist, het voor de verkoper minder bezwaarlijk zijn om het gehele pakket te vervangen (algehele nakoming) dan alsnog het ontbrekende onderdeel af te leveren (gedeeltelijke nakoming). Alsdan vereist het interne subsidiariteitsbeginsel dat deze (gedeeltelijke) nakomingsvorderingen aan de vervanging ondergeschikt zijn, aangenomen dat het belang van de koper hierdoor evengoed wordt gediend. Daarnaast kan de vraag rijzen naar de onderlinge verhouding tussen de gedeeltelijke nakomingsvormen. Hieronder wordt daarom nagegaan in hoeverre de vordering tot opheffing van een last of beperking, de herstellenvordering en de vordering tot aflevering van het ontbrekende beperkt kunnen worden door de interne subsidiariteitstoetsing.

(ii) Art. 7:20: opheffing van een last of beperking

Art. 7:20 luidt dat als de zaak behept is met een last of een beperking die er niet op had mogen rusten, de koper kan eisen dat de last of de beperking wordt opgeheven, *mits* de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen. De wetsgeschiedenis noemt als voorbeeld het geval waarin de verkoper heeft nagelaten het bestaan van een erfdienstbaarheid van weg aan de koper mee te delen. Op grond van art. 7:20 kan de koper dan verlangen dat de verkoper deze beperking opheft.

De slotzinsnede, ‘mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen’, maakt evenwel duidelijk dat deze nakomingsvordering niet onbegrensd is. In de parlementaire toelichting valt te lezen dat het voorbehoud van art. 7:20 wil onderstrepen dat de verkoper niet gehouden is tot het onmogelijke, noch tot een buitensporige prestatie.¹⁶ Terug naar het voorbeeld betekent dit dat als de rechthebbende weigert mee te werken

15 MvT, Parl. Gesch. Boek 7, p. 136. Klok 2004, p. 72-73 heeft voor de beoordeling van de vraag of de koper al dan niet vervanging kan vorderen een aantal gezichtspunten opgesteld. Daarbij merkt hij – terecht – op dat het uiteindelijk neerkomt op een zekere belangenafweging. Enerzijds is vervanging voor de verkoper meestal zeer nadelig in verhouding tot herstel. De zaak die hij terugneemt zal immers vaak nog slechts een geringe waarde hebben. Anderzijds mag de koper een kwalitatief goede zaak verwachten en behoeft hij geen genoegen te nemen met een eindeloze reeks vruchteloze herstell pogingen.

16 TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 134.

aan de opheffing van de erfdienstbaarheid dan wel als hij een buitensporig bedrag daarvoor eist, de verkoper de last of beperking redelijkerwijs niet zal kunnen opheffen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dus dat het slot van art. 7:20 beoogt te voorkomen dat de verkoper een (absoluut) onmogelijke dan wel een buitensporige prestatie moet verrichten. In dit laatste klinkt onmiskenbaar het proportionaliteitsbeginsel door: de opheffing mag niet ertoe leiden dat er onevenredigheid bestaat tussen het met de opheffing te schaden belang van de schuldenaar (verkoper) en het daarmee te dienen belang van de schuldeiser (koper).¹⁷ Ter beantwoording van de vraag of de verkoper aan de opheffing kan voldoen (de 'mits-bepaling'), moet kortom getoetst worden aan het proportionaliteitsbeginsel. Zoals in het voorgaande steeds het geval bleek, ligt ook hier de toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel in de 'algemenere' proportionaliteitsafweging besloten. Zo valt in de wetsgeschiedenis namelijk te lezen dat bij de vraag of opheffing van de verkoper kan worden geëist (de proportionaliteitstoetsing), van belang zal zijn of een andere oplossing, gezien het belang dat de koper bij een zodanige opheffing heeft, aanvaardbaar is.¹⁸ De gedachte hierachter is kennelijk dat als een andere (voor de verkoper minder vergaande) vorm van nakoming het belang van de koper evengoed kan dienen, de opheffing niet van de verkoper gevergd kan worden. Zo zou het in een bepaald geval bijvoorbeeld minder bezwaarlijk kunnen zijn voor de verkoper om de met de last of beperking behepte zaak te vervangen dan de last of de beperking op te heffen. Aangenomen dat dit de koper voldoende soelaas biedt, moet worden geoordeeld dat de verkoper niet aan de opheffing kan voldoen (toepassing van de 'mits-bepaling'). Daarmee is de opheffing subsidiair aan de vervanging. Aldus blijkt dat de vordering tot opheffing (evenzeer) beheerst wordt door het interne subsidiariteitsbeginsel.

(iii) Art. 7:21 lid 1 onder b: herstel van de afgeleverde zaak

Op grond van art. 7:21 lid 1 onder b kan de koper herstel van de afgeleverde zaak eisen. Onder herstel wordt verstaan iedere opheffing van de ondeugdelijkheid. De koper kan met de herstellvordering dus niet alleen reparatie in strikte zin vorderen, maar ook de vervanging van één of meer gebrekkige onderdelen van de zaak.¹⁹

Ook deze nakomingsvordering is echter van een voorbehoud voorzien. Zo kan de koper volgens art. 7:21 lid 1 onder b herstel vorderen, 'mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen'. Voor de toelichting op deze clauseule wordt in de wetsgeschiedenis verwezen naar hetgeen is opgemerkt bij art. 7:20, waarin immers hetzelfde voorbehoud is opgenomen.²⁰ Gelet op het vorenstaande, betekent dit dat herstel niet

17 Vgl. Klik 2004, p. 70 die stelt dat het voorbehoud impliceert dat een belangenafweging moet worden verricht tussen het belang van de koper en dat van de verkoper.

18 TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 134

19 Asser-Hijma 2001, nr. 388. Voor de vervanging van de zaak zélf is de koper daarentegen aangewezen op art. 7:21 lid 1 sub c, in dat geval is immers geen sprake van herstel maar van vervanging van de zaak.

20 TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 135

kan worden gevorderd als zij (i) (absoluut) onmogelijk is of als zij (ii) van de verkoper een buitensporige prestatie zou vragen.²¹

Ten aanzien van de absolute onmogelijkheid verdient aantekening dat het weliswaar zo kan zijn dat de verkoper zelf niet in staat is om de zaak te herstellen, maar dat van hem wel gevegd kan worden dat hij een derde benadert en deze de zaak laat herstellen.²² In dat geval is het herstel dus niet (feitelijk) onmogelijk.

Wat betreft de uitzondering die eruit bestaat dat het herstel van de verkoper een buitensporige prestatie vraagt en daarom niet van hem gevegd kan worden, geldt hetzelfde als hiervoor reeds in het kader van art. 7:20 is besproken. Zoals daar reeds is opgemerkt, behelst de vraag of het herstel van de verkoper gevegd kan worden een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel: het herstel mag van de verkoper immers geen onevenredige offers vergen.²³ Achter deze 'algemene' proportionaliteitstoetsing bleek tevens een afweging aan het interne subsidiariteitsbeginsel schuil te gaan. Zo dient volgens de parlementaire toelichting te worden gezien of een andere, voor de verkoper minder vergaande wijze van uitoefening van de nakomingsremedie het belang van de koper gelijkelijk kan behartigen.²⁴ Is dit het geval dan is het herstel dus niet proportioneel, want subsidiair aan de andere, minder ingrijpende nakomingsvorm.

(iv) Herstel en vervanging door een consument-koper: lid 4 en lid 5

Sinds 1 mei 2003 gelden voor de consumentenkoop bijzondere bepalingen die dienen ter implementatie van de Europese richtlijn 99/44/EG van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (hierna: de richtlijn consumentenkoop). Voor zover hier relevant, bepaalt art. 7:21 lid 4 dat de koper bij een consumentenkoop, in afwijking van lid 1, slechts dan geen herstel of vervanging van de afgeleverde zaak toekomt, indien herstel of vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet gevegd kan worden. Dit betekent dus in de eerste plaats dat als er sprake is van absolute onmogelijkheid van vervanging²⁵ of herstel, de consument-koper niet over deze nakomingsvorderingen beschikt. Voor dit hoofdstuk interessant is evenwel de tweede uitzondering, die eruit bestaat dat vervanging of herstel evenmin mogelijk is als zij 'van de verkoper niet gevegd kan worden'. Dit betekent immers dat als vervanging of herstel in strijd met het proportionaliteitsbeginsel komt omdat zij van de verkoper onevenredig grote offers vergt, dit door de koper niet gevorderd kan worden. Deze 'algemene' proportionaliteitstoetsing van lid

21 Aldus de in het kader van art. 7:20 opgestelde TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 134. Vgl. ook specifiek voor het herstel NvW I, Parl. Gesch. Boek 7, p. 138 alwaar omtrent het voorbehoud van art. 7:21 lid 1 onder b wordt opgemerkt dat het daarbij gaat om de vraag of herstel mogelijk is of uit bedrijfs-economisch oogpunt van de verkoper kan worden gevegd.

22 Evenzo Asser-Hijma 2001, nr. 388.

23 Vgl. Klik 2004, p. 72 die opmerkt dat hier weer (evenals bij art. 7:20) een belangenafweging gemaakt moet worden.

24 Vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 134.

25 De zaak is bijvoorbeeld uniek en feitelijk gezien niet vervangbaar. Overigens moet worden bedacht dat vervanging niet snel onmogelijk zal zijn, nu hiervan slechts sprake zal zijn indien een zaak die identiek is aan de afgeleverde zaak niet meer te verkrijgen is: aldus de MvT, TK 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 22.

4 komt evenwel neer op een afweging aan het interne subsidiariteitsbeginsel. Dit volgt duidelijk uit lid 5 dat aan (de 'algemene' proportionaliteitstoetsing van) lid 4 een nadere invulling geeft.²⁶ Zo bepaalt het vijfde lid dat herstel of vervanging bij een consumentenkoop van de verkoper niet geveegd kan worden, indien de kosten daarvan in geen verhouding staan tot de kosten van uitoefening van een *ander recht* of een *andere vordering* die de koper toekomt, gelet op de waarde van de zaak als zij aan de overeenkomst zou beantwoorden, de mate van afwijking van het overeengekomene en de vraag of de uitoefening van een ander recht of een andere vordering geen ernstige overlast voor de koper veroorzaakt.²⁷ De toelichting noemt daartoe als voorbeeld het geval dat de koper genoeg moet nemen met herstel (in plaats van vervanging) als de afwijking te gering is om vervanging te rechtvaardigen.²⁸ Zo zal de koper van een nieuwe auto bijvoorbeeld geen recht op vervanging hebben indien het gebrek eenvoudig en snel te repareren is.²⁹ Anderzijds zal de consument-koper volgens de parlementaire toelichting bijvoorbeeld met vervanging (in plaats van herstel) genoeg moeten nemen als de zaak zonder afwijking een geringe waarde heeft en de herstelkosten deze beduiden overschrijden. Ook zal de koper blijkens de toelichting met vervanging genoeg moeten nemen indien de kosten van herstel op een wijze dat de koper daarvan geen overlast ondervindt, in geen verhouding staan tot de kosten van vervanging.³⁰ Wanneer de koper dus bijvoorbeeld herstel van een ondeugdelijke wegwerp-camera vordert, kan het voor de verkoper minder bezwaarlijk zijn om de camera te vervangen. Gesteld dat het nadeel voor de koper door de vervanging evengoed wordt weggenomen (hetgeen in de regel wel het geval zal zijn), dan is het herstel hieraan subsidiair.³¹

Dit betekent dus dat bij de vraag of vervanging dan wel herstel van de verkoper bij een consumentenkoop geveegd kan worden, nagegaan moet worden of een andere, voor de verkoper minder vergaande vorm van nakoming, zoals opheffing van de last of beperking, aflevering van het ontbrekende, herstel respectievelijk vervanging van de zaak, het belang van de koper evengoed kan dienen.³² Daarbij lijkt mij aannemelijk dat ook voor de consumentenkoop als uitgangspunt geldt dat de koper in beginsel

26 In § 11 6 zal worden nagegaan in hoeverre het vierde en vijfde lid nog ruimte laten voor een proportionaliteitstoetsing 'in strikte zin'

27 In de MvT, TK 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 22 wordt opgemerkt dat de bewoordingen uit lid 4 ('niet van de verkoper geveegd kan worden') en van lid 5 ('in geen verhouding staan') zijn ontleend aan art. 7:12.8 (sinds 1 september 2003 als art. 7:759 in werking getreden). Voorts wordt aldaar overwogen dat bij de vraag of de kosten van herstel of vervanging in geen verhouding staan tot de uitoefening van een ander recht of een andere vordering, slechts gewicht toekomt aan de genoemde drie factoren. Lid 5 behelst dus kennelijk een limitatieve opsomming.

28 MvT, TK 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 22-23.

29 Ontleend aan: Loos 2004, nr. 28.

30 MvT, TK 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 22-23.

31 Dit voorbeeld heb ik ontleend aan: MvT, TK 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 23. Zie voor andere voorbeelden: Loos 2004, nr. 28.

32 In hoeverre het vijfde lid meebrengt dat moet worden nagegaan of een andere *remedie* (ontbinding en/of schadevergoeding) aan het herstel of de vervanging in de weg staat (de externe subsidiariteitstoetsing) wordt besproken in § 11 6

recht heeft op vervanging en op herstel. Zo beoogt de richtlijn een eenvormig minimumniveau van consumentenbescherming; dit betekent dat het op grond van de richtlijn is toegestaan dat het nationale recht de consument een hogere graad van bescherming biedt. Het op grond van art. 7:21 lid 1 onder b en c geldende uitgangspunt van een recht op herstel resp. vervanging kan in zoverre dus ook voor de consument-koper worden aangenomen. Bovendien zou, met enige welwillendheid, uit lid 4 kunnen worden afgeleid dat disproportionaliteit (en daarmee interne subsidiariteit) van herstel en vervanging een uitzonderingssituatie betreft. Zo bepaalt het vierde lid immers dat 'de koper in afwijking van lid 1 *slechts* dan geen (herstel of) vervanging toe(komt), indien (herstel of) vervanging onmogelijk is of van de verkoper niet geleverd kan worden' (curs. *MMS*).³¹

Voorts verdient hier nog aantekening dat de koper bij een consumentenkoop op grond van art. 7:21 lid 6 de zaak ook kan laten herstellen door een derde en de kosten daarvan op de verkoper verhalen.³⁴ Daartoe kan hij evenwel niet direct overgaan. Zo is deze vorm van nakoming volgens lid 6 pas mogelijk als de verkoper niet binnen een redelijke tijd nadat hij daartoe door de koper schriftelijk is aangemaand aan zijn verplichting tot herstel heeft voldaan. Alvorens de consument-koper de zaak kan laten herstellen door een ander, moet hij dus éérst de verkoper de gelegenheid hebben geboden om zelf het herstel te (laten) realiseren. Dit impliceert dat pas aan het herstel door een derde kan worden toegekomen als herstel ook daadwerkelijk van de verkoper zélf kan worden gevorderd. Daarmee is het herstel door een derde dus subsidiair aan het herstel door de verkoper.³⁵ In zoverre komt het interne subsidiariteitsbeginsel dus ook in het zesde lid van art. 7:21 tot uitdrukking.

(v) Art. 7:21 lid 1 onder a: aflevering van het ontbrekende

Wanneer het afgeleverde afwijkt in getal, maat of gewicht³⁶ dan kan de koper krachtens art. 7:21 lid 1 onder a aflevering van het ontbrekende verlangen. Als enige is deze vorm van (gedeeltelijke) nakoming niet van een clausulering voorzien. Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat aflevering van hetgeen aan de prestatie ontbreekt doorgaans (absoluut) mogelijk is en van de verkoper geen onevenredige offers zal vergen, ook niet in het licht van de andere nakomingsmogelijkheden. Ten aanzien van de alternatieve nakomingsvormen die bestaan uit de vordering tot opheffing van een last of beperking en de vordering tot herstel lijkt dit juist. Immers, deze vorderingen vormen

33 Vgl. ook Smits 2003, p. 12 die stelt dat op grond van de nieuwe leden 4 en 5 van art. 7:21 (herstel en) vervanging niet snel onmogelijk is (zijn).

34 Bij andere koopovereenkomsten dan de consumentenkoop is de koper hiervoor op art. 3:299 aangewezen.

35 Dit is althans de regel. Zo kan het in een bijzonder geval zo zijn dat de koper gehouden is tot het zelf laten herstellen op basis van zijn verplichting om de schade te beperken (ex art. 6:101), in die zin dat hij de schade die hij had kunnen en moeten voorkomen niet op de verkoper kan verhalen. Asser-Hijma 2001, nr. 395. Vgl. ook Loos 2004, nr. 28. Deze schadebeperkingsplicht heeft met het interne subsidiariteitsbeginsel evenwel niets van doen en wordt hier dan ook verder buiten beschouwing gelaten.

36 Vgl. art. 7:17 lid 3.

voor de aflevering van het ontbrekende geen alternatief, nu de koper noch door de opheffing, noch door het herstel alsnog ontvangt wat aan het afgeleverde (in getal, maat of gewicht) ontbreekt. Daarentegen kan de vordering tot vervanging wel ertoe leiden dat de koper alsnog algehele, correcte nakoming verkrijgt. Mocht de vervanging van de zaak nu in een uitzonderlijk geval voor de verkoper minder vergaand zijn dan de aflevering van het ontbrekende, dan zou een interne subsidiariteitstoetsing hier dus op zijn plaats zijn. Zoals zal blijken in het hoofdstuk over de proportionaliteit van nakoming kan ook een afweging aan het proportionaliteitsbeginsel hier niet altijd worden gemist.³⁷ Het lijkt mij daarom verdedigbaar om in het uitzonderlijke geval dat de verkoper zich hierop beroept, de vordering tot aflevering overeenkomstig de slotwoorden van sub b (herstel) en c (vervanging) dan wel via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2, te onderwerpen aan een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

In het licht van het voorgaande kan dus geconstateerd worden dat de nakomingsvorderingen uit de kooptitel beheerst worden door het interne subsidiariteitsbeginsel. Net als bij de ontbinding en de vervangende schadevergoeding, blijkt ook hier te worden aangenomen dat de 'algemene' proportionaliteitstoetsing kan meebrengen dat de nakomingsremedie slechts op de voor de verkoper/schuldenaar minst belastende wijze kan worden uitgeoefend. Nu in de wetsgeschiedenis steeds wordt uitgegaan van een *recht* op vervanging, op herstel, op opheffing van een last of beperking en op aflevering van het ontbrekende, zal de interne subsidiariteitstoetsing slechts in uitzonderlijke gevallen de keuzevrijheid van de koper (schuldeiser) beperken. Wat betekent één en ander nu voor de nakomingsremedie van het algemene verbintenissenrecht?

8.4 De 'algemene' nakomingsvordering en art. 3:296 lid 1

Het antwoord op deze vraag kan worden gevonden in het arrest inzake Multi Vastgoed/Nethou.³⁸ In deze zaak hadden partijen een overeenkomst gesloten op grond waarvan Multi Vastgoed zich verplicht had tot het bouwen en 'turnkey' leveren van het onroerend goedproject 'Rotterdam-Plaza'. In deze 'turnkey-leveringsovereenkomst' had Multi Vastgoed uitdrukkelijk de deugdelijkheid van de aluminium gevelbeplating van het gebouw gegarandeerd. Enige tijd na de oplevering raakten alle aluminium gevelpanelen aangetast door 'filiforme corrosie' (FFC). Hierop vorderde Nethou vervanging van de gehele gevelbeplating. Deze nakomingsvordering is gebaseerd op art. 3:296 lid 1, immers, het betreft hier géén tekortkoming in de nakoming van een koopovereen-

³⁷ Zie § 11.6

³⁸ HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79. Besproken is dit arrest onder meer door Van den Berg 2001, p. 299-301, Tjittes 2001, p. 161-162, Veldman 2001, p. 735-736 en Stolp 2001, p. 380-384.

komst maar van een aannemingsovereenkomst gecombineerd met een overeenkomst van opdracht.³⁹

Voor zover hier van belang, heeft Multi Vastgoed ter afwering van de gevorderde nakoming aangevoerd dat zij een adequaat alternatief heeft aangeboden. Zo heeft zij Nethou voorgesteld enkele in het oog springende panelen boven de hoofdingang en de inrit van de parkeergarage te vervangen, alsmede een extra, aangepast onderhoudsprogramma voor de gevel op haar kosten uit te voeren, waardoor het corrosieproces tot staan zou kunnen worden gebracht, althans zou kunnen worden vertraagd. Deze vorm van nakoming is voor Multi Vastgoed minder ingrijpend, nu zij slechts een fractie bedraagt van de f. 6 miljoen die met de door Nethou gevorderde algehele vervanging van de gevelpanelen is gemoeid. Met dit verweer betoogde Multi Vastgoed derhalve dat de door Nethou gevraagde nakoming wegens strijd met het interne subsidiariteitsbeginsel niet door de beugel kon.

Het hof heeft dit verweer verworpen. Naar zijn oordeel is het geenszins zeker dat een intensivering van het door Multi Vastgoed voorgestelde schoonmaak- en onderhoudsprogramma het corrosieproces tot staan kan brengen dan wel kan vertragen. Het door Multi Vastgoed voorgestane herstel staat volgens het hof zozeer op gespannen voet met de uitdrukkelijk aangegane garantieverplichtingen dat het als volstrekt ontoereikend moet worden verworpen. In dat verband heeft het hof verwezen naar een rapport van het Centrum voor Onderzoek & Technisch Advies (COT) op grond waarvan het tot het oordeel komt dat alleen de complete vervanging van de gevelbeplating kan bewerkstelligen dat Nethou alsnog krijgt als ware terstond deugdelijk gepresteerd door Multi Vastgoed. Hiertegen komt Multi Vastgoed in cassatie. In haar middel heeft zij erover geklaagd dat het hof heeft miskend dat overeenkomstig art. 7:21 onder b slechts herstel mag worden gevorderd, indien en voorzover Multi Vastgoed hieraan redelijkerwijs kan voldoen.

Na vooropgesteld te hebben dat niet bestreden is dat hier sprake is van een tekortkoming, overweegt de Hoge Raad:

‘In beginsel heeft de crediteur dan de keuze tussen nakoming, voor zover deze nog mogelijk is (dat wil hier zeggen het alsnog aanbrengen van een gevelbeplating zonder FFC) en schadevergoeding in enigerlei vorm (in dit geval heeft Multi Vastgoed aangeboden vervanging van enkele panelen en een aangepast gevelonderhoudsprogramma op haar kosten).’

Alvorens het vervolg van de uitspraak te bespreken, verdient hier opmerking dat de Hoge Raad het door Multi Vastgoed aangeboden alternatief m.i. ten onrechte heeft aangemerkt als een aanbod tot schadevergoeding. Als gezegd, rustte op Multi Vastgoed de verplichting tot het bouwen en ‘turnkey’ leveren van het Plazagebouw. De door Nethou gevorderde vervanging van de ondeugdelijke gevelbeplating van dit gebouw

39 Vgl. A-G Langemeijer in zijn conclusie (onder nr. 2.4) voor dit arrest, alwaar hij stelt dat een overeenkomst waarin turnkey-levering is bedongen, door de aard van hetgeen bedongen is en naar de mate waarin de opdrachtgever invloed uitoefent op het ontwerp, dicht tegen een koopovereenkomst kan aanzitten, doch dat het in beginsel gaat om een aannemingsovereenkomst in combinatie met een overeenkomst van opdracht tot ontwerpen.

valt daarmee dus aan te merken als nakoming in de vorm van herstel Immers, de vordering impliceert niet dat de geleverde zaak, het gebouw, zelf wordt vervangen, maar slechts een onderdeel van de zaak, namelijk de ondeugdelijke gevelbeplating De alternatieve oplossing van Multi Vastgoed om niet de gehele gevelbeplating maar alleen een aantal in het oog springende gevelpanelen te vervangen en de overige panelen schoon te maken en te onderhouden op haar kosten, behelst derhalve een andere, minder vergaande vorm van herstel Daarmee wordt duidelijk dat dit arrest in wezen ziet op de verhouding tussen verschillende wijzen van uitoefening van de algemene nakomingsremedie en dus niet op de verhouding tussen de algemene nakomingsremedie en de schadevergoedingsremedie Het betreft hier dus niet de *externe*, maar de *interne* werking van het subsidiariteitsbeginsel Uit de geciteerde overweging valt dus af te leiden dat de teleurgestelde crediteur vrij is in zijn keuze ten aanzien van de wijze van uitoefening van de nakomingsremedie Althans in beginsel Zo vervolgt de Hoge Raad

‘De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen Zulks komt bij voorbeeld tot uiting in art 7:21 BW voor het geval een afgeleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt, alsmede in art 7:12:8 Ontw BW voor het geval van aanneming van werk,⁴⁰ en er is geen grond uit deze bepalingen af te leiden dat een overeenkomstige regel bij andere gevallen van aflevering van een ondeugdelijke zaak niet behoort te worden gehanteerd ’

In concreto betekent dit

‘ dat in een geval als het onderhavige een afweging dient plaats te vinden van de belangen van de crediteur, Nethou, tegenover die van de debiteur, Multi Vastgoed, met het oog op enerzijds de door Nethou verlangde nakoming en anderzijds de door Multi Vastgoed aangeboden vorm van schadevergoeding (lees nakoming, *MMS*) ’

Nu het hof de vereiste belangenafweging heeft verricht, getuigt zijn oordeel volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het cassatieberoep wordt verworpen

Uit deze overwegingen kan derhalve worden afgeleid dat voor de wijze van uitoefening van de ‘algemene’ nakomingsremedie wordt aangesloten bij de interne subsidiariteitstoetsing waaraan de bijzondere nakomingsvorderingen van art 7:21 zijn

40 Sinds 1 september 2003 is deze bepaling in art 7:759 in werking getreden Het tweede lid van de bepaling luidt ‘De opdrachtgever kan vorderen dat de aannemer de gebreken binnen redelijke termijn wegneemt, tenzij de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de opdrachtgever bij herstel in plaats van schadevergoeding ’ Hier gaat het dus om de invloed van het (externe) subsidiariteitsbeginsel bij de verhouding van herstel tot (vervangende) schadevergoeding Zo volgt eruit dat als de voor de opdrachtnemer minder ingrijpende (vervangende) schadevergoeding het belang van de opdrachtgever afdoende kan behartigen, het herstel hieraan (extern) subsidiair is Wellicht heeft de Hoge Raad met het oog hierop het aanbod van Multi Vastgoed – ten onrechte – aangemerkt als een aanbod tot schadevergoeding

onderworpen. Daardoor is het voor de schuldenaar dus ook bij de ‘algemene’ nakomingsvordering mogelijk om het interne subsidiariteitsbeginsel in te roepen. Nu volgens de Hoge Raad als uitgangspunt geldt dat de schuldeiser vrij is in zijn keuze voor de wijze van uitoefening van de nakomingsremedie, zal het interne subsidiariteitsbeginsel deze vrijheid dus kennelijk slechts bij wijze van uitzondering beperken. Hoe valt het arrest nu in het wettelijk systeem in te passen?

Als gezien, vindt de rechtsvordering tot nakoming haar grondslag in het eerste lid van art. 3:296 dat luidt: ‘Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.’ Men kan zich afvragen op welke wijze de interne subsidiariteitstoetsing hierin kan worden ondergebracht. Uit het arrest blijkt het volgende. De Hoge Raad heeft als grondslag voor de bij de nakoming te verrichten belangenafweging, en daarmee voor de interne subsidiariteitstoetsing, uitdrukkelijk de eisen van redelijkheid en billijkheid genoemd. Teruggekoppeld naar art. 3:296 lid 1 betekent dit dat als de gevorderde nakomingswijze niet gerechtvaardigd is nu de door de schuldenaar voorgestane minder ingrijpende wijze van nakoming de tekortkoming voor de schuldeiser evengoed wegneemt (het interne subsidiariteitsbeginsel), de rechter niet gehouden is hem hiertoe te veroordelen en wel omdat uit de wet, meer in het bijzonder: art. 6:248 lid 2, anders volgt (de tenzij-formule).⁴¹ Hoewel strikt genomen dus mogelijk, doet het m.i. evenwel enigszins gekunsteld aan om het interne subsidiariteitsbeginsel via het algemene art. 3:296 lid 1 van toepassing te laten zijn; dat het ‘vanzelfsprekende’ recht op nakoming wordt begrensd door het interne subsidiariteitsbeginsel wordt uit deze bepaling in ieder geval niet (meteen) duidelijk. Verderop, in het hoofdstuk over de proportionaliteit van nakoming, zal om aan dit bezwaar tegemoet te komen de aanbeveling worden gedaan de remedie van nakoming in de wet op te nemen.⁴² Voor nu kan worden volstaan met de conclusie dat de schuldenaar ter afwering van de gekozen wijze van uitoefening van de nakomingsremedie, een beroep kan doen op het interne subsidiariteitsbeginsel en wel onder de noemer van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Het antwoord op de vraag in hoeverre dit beroep zal slagen, valt in zijn algemeenheid niet te geven, nu dit afhankelijk is van de vraag of de (door de schuldenaar ingeroepen) minder vergaande wijze van nakoming de schuldeiser evenzeer volledige genoegdoening kan verschaffen, hetgeen op zijn beurt – uiteraard – bepaald wordt door de omstandigheden van het concrete geval. Gelet op het feit dat

41 In Asser-Hartkamp I 2004, nr. 639 wordt het geval waarin de redelijkheid en billijkheid op grond van het Multi Vastgoed/Nethou-arrest aan de nakoming in de weg staat overigens als een aparte categorie aangemerkt die náást de uitzonderingen van art. 3:296 lid 1 (wet/aard der verplichting/rechtshandeling) staat.

Wanneer de rechter van oordeel mocht zijn dat niet de gevorderde nakomingswijze doch de minder vergaande (door de schuldenaar voorgestane) nakomingsvorm gerechtvaardigd is, zal hij de schuldenaar tot de laatstbedoelde wijze van nakoming moeten veroordelen, nu aannemelijk is dat in hetgeen gevorderd is ook een vordering tot het treffen van de minder verstrekkende nakomingswijze besloten ligt. Vgl. HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994, 107 (Kraaiende hanen).

42 Zie § 11.7

in ons BW als (ongeschreven) hoofdregel geldt dat de schuldeiser vrijheid geniet bij de wijze van uitoefening van de nakomingsremedie, valt aan te nemen dat het interne subsidiariteitsbeginsel zich slechts in uitzonderingsgevallen zal doen gelden.

Deel III

Proportionaliteit

9.1 Inleiding

Het proportionaliteitsbeginsel steunt op de gedachte dat er bij de uitoefening van een remedie geen onevenredigheid mag bestaan tussen het met de remedie te dienen belang en het daarmee te schaden belang. Herleid tot de ontbindingsremedie komt het te dienen belang neer op het opheffen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming. Daarmee vereist het proportionaliteitsbeginsel bij de ontbinding dus dat er tussen de tekortkoming en de nadelige gevolgen van de ontbinding geen onevenredigheid mag bestaan. Deze afweging wordt voorgeschreven door de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1: ontbinding is mogelijk, 'tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt'.¹

In het voorgaande is al meermalen gesteld dat in het proportionaliteitsbeginsel het externe en interne subsidiariteitsbeginsel ligt besloten. Kort gezegd, ziet het externe subsidiariteitsbeginsel op de proportionaliteit van ontbinding in verhouding tot andere remedies, en het interne subsidiariteitsbeginsel op de proportionaliteit van de wijze van uitoefening van de remedie. Deze vormen van proportionaliteit, de externe en de interne subsidiariteit, zijn in hoofdstuk 3, 5 en 6 al uitvoerig aan de orde geweest. Gebleken is daar dat de ontbinding door beide aspecten van het subsidiariteitsbeginsel wordt beheerst. Zo komt de externe variant tot uitdrukking in zowel het verzuimvereiste van art. 6:265 lid 2, als in de mogelijkheid tot zuivering van het verzuim krachtens art. 6:86 jo art. 6:266 lid 1. De interne variant bleek verborgen te liggen in de tenzij-clausule van art. 6:265 lid 1. Dit betekent dat thans nog slechts zal moeten worden onderzocht in hoeverre de ontbindingsremedie beheerst wordt door het proportionaliteitsbeginsel 'in strikte zin'. Aan de orde is dus de vraag in hoeverre de ontbinding alsnog kan afketsen op proportionaliteitsoverwegingen en elementen die niet zijn terug te voeren op het externe en interne subsidiariteitsbeginsel. Daarbij moet bedacht worden dat de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel plaatsvindt nádat het externe en het interne subsidiariteitsbeginsel is gehanteerd. Dit betekent ten eerste dat aangenomen kan worden dat nakoming, aanvullende schadevergoeding en vervangende schadevergoeding de schuldeiser niet afdoende (hebben) kunnen dienen. In de tweede plaats is gelet op de reeds verrichte interne subsidiariteitstoetsing al uitgemaakt in hoeverre algehele dan wel slechts gedeeltelijke ontbinding mogelijk is. Hetgeen in

1 Ook Hammerstein en Vranken 2003, nr. 12 schrijven dat de tenzij-clausule uitdrukking is van, wat zij noemen, het evenredigheidsbeginsel.

het navolgende wordt opgemerkt over het proportionaliteitsbeginsel geldt daarmee dus voor zowel de algehele ontbinding, als ook voor de gedeeltelijke ontbinding. Gemakshalve zal hierna evenwel slechts gesproken worden van het proportionaliteitsbeginsel bij 'de' ontbinding.

Zoals ook reeds is aangehaald is sinds 1 mei 2003 de consument-koper voor de ontbindingsremedie aangewezen op art. 7:22 lid 1. Op grond van deze bepaling is hij, als het afgeleverde niet beantwoordt aan de overeenkomst, bevoegd om deze te ontbinden 'tenzij de afwijking van het overeengekomene, gezien haar geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.' Het recht op prijsvermindering (gedeeltelijke ontbinding) dat de consument-koper toekomt krachtens art. 7:22 lid 1 onder b kent deze tenzij-clausule echter niet. Wel moet volgens deze bepaling de prijsvermindering evenredig zijn aan de mate van afwijking. Hoewel de tenzij-clausule van art. 7:22 lid 1 onder a dus niet geldt, doet het proportionaliteitsbeginsel zich in zoverre toch ook bij de prijsvermindering gelden.

Vergelijking van de tenzij-bepaling van art. 7:22 lid 1 onder a met de slotzinsnede van art. 6:265 lid 1 maakt duidelijk, dat deze tenzij-bepaling in zoverre van art. 6:265 lid 1 afwijkt dat 'de bijzondere aard van de tekortkoming' daarin niet wordt genoemd; alleen 'de geringe betekenis van de tekortkoming' kan in de weg staan aan de ontbinding met haar gevolgen. Dit valt terug te voeren op het feit dat de richtlijn consumentenkoop, waarop art. 7:22 is gebaseerd, deze uitzondering op de ontbindingsmogelijkheid niet kent, zodat het nationale recht hierop moest worden aangepast.² Aangenomen kan evenwel worden dat het ontbreken van de beperking die bestaat uit 'de bijzondere aard van de tekortkoming', geen noemenswaard verschil oplevert.³ Dit brengt mee dat hetgeen in dit hoofdstuk met betrekking tot het proportionaliteitsbeginsel wordt besproken *mutatis mutandis* geldt voor de bijzondere ontbindingsremedie van art. 7:22.

9.2 Het proportionaliteitsbeginsel en de wetsgeschiedenis

Bij het ontwerp van de ontbindingsregeling is in de toelichting opgemerkt dat in beginsel iedere tekortkoming grond kan zijn voor ontbinding.⁴ Het maakt voor de ontbindingsmogelijkheid in principe geen verschil 'of de niet-nakoming totaal is, dan wel gedeeltelijk, of kwalitatief van aard; of zij aan de schuldenaar kan worden toegerekend of niet, en – bij onmogelijkheid van nakoming – of deze reeds bij het sluiten van de overeenkomst bestond dan wel eerst later is opgekomen.'⁵ Deze gedachte is neergelegd in art. 6:265 lid 1 dat immers bepaalt dat *iedere* tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Dit betekent dat als uitgangspunt wordt aangenomen dat tussen de tekortkoming en de ontbinding géén

2 Aldus MvT, TK 2000-2001, 27 809, nr 3, p 9.

3 Asser-Hijma 2001, nr 496, Klok 2003, p 211.

4 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p 1002.

5 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1004

onevenredigheid bestaat, de schuldeiser heeft *recht* op uitoefening van de ontbindingsremedie

Het gaat hier evenwel 'slechts' om een uitgangspunt, een hoofdregel. Zo wordt in de toelichting erop gewezen dat reeds lang algemeen wordt aanvaard dat de rechter ontbinding kan weigeren op de grond dat de wanprestatie van *te geringe betekenis* is.⁶ Daarnaast zou uit jurisprudentie van de Hoge Raad⁷ zijn gebleken dat men met dit kwantitatieve criterium nog niet geheel uitkomt, maar dat ook de *bijzondere aard* van de tekortkoming en *de uitzonderlijk ingrijpende gevolgen* van een concrete ontbinding factoren zijn die kunnen meewerken tot het oordeel dat de tekortkoming de ontbinding niet kan rechtvaardigen. Vervolgens wordt in de toelichting opgemerkt dat in overeenstemming met deze jurisprudentie de tenzij-clausule een afweging behelst waarbij de genoemde aspecten in aanmerking worden genomen.⁸

Nu op grond van de tenzij-clausule dus moet worden nagegaan of de betekenis dan wel de aard van de tekortkoming de (uitzonderlijk) nadelige gevolgen van de ontbinding kan rechtvaardigen, wordt aanvaard dat de ontbinding is onderworpen aan een proportionaliteitstoetsing. De toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel zal evenwel in de regel ertoe leiden dat de tekortkoming de (gevolgen van de) ontbinding rechtvaardigt. In de parlementaire stukken wordt namelijk benadrukt dat de tenzij-clausule een uitzonderingskarakter draagt.⁹

'Men blijve zich echter steeds ervan bewust dat de hier besproken zinsnede een uitzonderingsbepaling is, en dat vooral de gevallen waarin de bijzondere aard van de tekortkoming of de buitengewoon ingrijpende gevolgen van een ontbinding de doorslag geven tot een uitsluiting van de ontbinding, vrij zeldzaam zijn. Daarbij moet meewegen dat het voor de rechtszekerheid van groot belang is dat verklaringen tot ontbinding niet te spoedig nietig worden verklaard. In het algemeen moet een teleurgestelde crediteur erop kunnen rekenen dat hij recht op ontbinding heeft.'

Het recht op ontbinding blijft dus het uitgangspunt, de tekortkoming zal slechts bij wijze van uitzondering van een dusdanig geringe betekenis zijn dat de ontbinding een onevenredig zware inbreuk maakt op het belang van de schuldenaar. Uit de toelichting volgt dat de tekortkoming van een dermate geringe betekenis kan zijn als zich een vertraging in de nakoming voordoet. Zo wordt overwogen dat het 'niet de bedoeling (is) dat iedere kleine vertraging tot ontbinding kan leiden. Overeenkomstig de slotwoorden van de eerste zin is ontbinding uitgesloten wanneer de tekortkoming

6 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005

7 Verwezen wordt naar het arrest van HR 16 januari 1959, NJ 1960 46 (Benzol). In deze zaak ging het om de vraag of ontbinding van een verzekeringsovereenkomst mogelijk was als gevolg van het feit dat de verzekerden waren tekortgeschoten in de verplichting tot medewerking aan de schadevergoeding. Deze tekortkomingen deden zich pas voor nadat het verzekerde risico zich had verwezenlijkt. De Hoge Raad heeft hieromtrent overwogen dat het gevolg van ontbinding is dat de verzekeraars bevrijd worden van het verlies dat door het plaats grijpen van het voorval reeds te hunnen laste was gekomen. zodanig gevolg wordt door deze wanprestatie niet gerechtvaardigd.

8 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005

9 TM, Parl. Gesch. Boek 6 p. 1005. Vgl. ook VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1008

van te geringe betekenis is.¹⁰ Het antwoord op de vraag of een bepaalde vertraging voor ontbinding van voldoende belang is, is volgens de wetsgeschiedenis afhankelijk van de omstandigheden, in de eerste plaats hiervan, in hoeverre zij de belangen van de schuldeiser schaadt.¹¹ Omdat in de aangehaalde passage evenwel wordt aangegeven dat de geringe betekenis van de tekortkoming slechts bij wijze van uitzondering tot uitsluiting van de ontbinding leidt, zal de vertraging doorgaans de belangen van de schuldeiser zodanig schaden dat zij niettemin ernstig genoeg is om de ontbinding te rechtvaardigen.

Verder blijkt uit het citaat dat 'vooral' de situaties waarin de bijzondere aard van de tekortkoming meebrengt dat de ontbinding niet proportioneel is, dan wel de gevallen waarin de ontbinding disproportioneel is gelet op de buitengewoon ingrijpende gevolgen ervan voor de schuldenaar, zich 'vrij zeldzaam' zullen voordoen. Kennelijk zal de geringe betekenis van de tekortkoming, hoewel ook slechts bij wijze van uitzondering, eerder een beletsel kunnen zijn voor de ontbinding dan de bijzondere aard van de tekortkoming of de uitzonderlijk ingrijpende gevolgen van ontbinding voor de schuldenaar.¹²

Wat hiervan ook zij, geconcludeerd kan worden dat de tenzij-clausule slechts in uitzonderlijke gevallen van toepassing is. Dit hangt (uiteraard) samen met het feit dat tot uitgangspunt is genomen dat *iedere* tekortkoming de schuldeiser recht geeft op ontbinding. In de opvatting van de wetgever wordt de ontbindingsremedie dus slechts in (zeer) geringe mate door het proportionaliteitsbeginsel beheerst; als hoofdregel wordt aangenomen dat de nadelige gevolgen van de ontbindingsremedie proportioneel zijn aan de tekortkoming. De vraag die thans rijst, is of deze beperkte gelding van het proportionaliteitsbeginsel weerklinkt in de rechtspraak; wordt, met andere woorden, de tenzij-clausule ook in de rechtspraak dusdanig gehanteerd dat het slechts in uitzonderlijke gevallen een beletsel vormt voor ontbinding?

10 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1004; en in vergelijkbare zin: MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1012. Overigens kan van een vertraging sprake zijn als de nakomingstermijn die geboden is een ingebrekestelling wordt overschreden, maar ook als een contractuele termijn is verstreken zonder dat behoorlijk is nagekomen (vgl. art. 6:83 sub a). In beide gevallen is de schuldenaar in verzuim geraakt en is ontbinding in principe mogelijk. Ook in de parlementaire geschiedenis behorend bij art. 6:83 sub a wordt evenwel opgemerkt dat een geringe overschrijding van de contractuele termijn een tekortkoming kan opleveren die ontbinding niet rechtvaardigt: MO, Parl. Gesch. Boek 6, p. 256-257.

11 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1004.

12 Hijma heeft terecht opgemerkt dat tussen de criteria 'bijzondere aard' en 'geringe betekenis' geen scherpe grens valt te trekken: Asser-Hijma 2001, nr. 496. Vgl. ook Asser-Hartkamp 2005, nr. 516 waar meer in het algemeen gesteld wordt dat de slotzinsnede van art. 6:265 lid 1 meebrengt dat 'onbelangrijke tekortkomingen' geen grond voor ontbinding geven. Voorts meent Bakels 1993, p. 229 en 1994, nr. 23 dat niet of nauwelijks duidelijk is wat de wetgever met de bijzondere aard van de tekortkoming bedoelt. Evenzo Hartlief 1994, p. 90 die stelt dat het moeilijk is om voorbeelden te geven van gevallen waarin juist de bijzondere aard van de tekortkoming zich tegen ontbinding verzet, zodat in de meeste gevallen ontbinding op grond van de geringe betekenis van de tekortkoming zou kunnen worden afgewezen. Critiek op het criterium van de bijzondere aard van de tekortkoming wordt ook geuit door Van Nispen 2003, nr. 26.

9.3 Hantering van de tenzij-clausule in de rechtspraak

Bij bestudering van de arresten van de Hoge Raad valt in de eerste plaats op dat herhaaldelijk wordt overwogen dat als de rechter zich gesteld ziet voor de vraag of de tekortkoming de ontbinding met haar gevolgen rechtvaardigt,¹³ een afweging van de belangen van partijen moet plaatsvinden waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.¹⁴ Deze vaste lijn in de rechtspraak verheldert evenwel weinig. Het spreekt immers welhaast vanzelf dat bij de vraag of er (dis)proportionaliteit bestaat tussen het met de ontbinding te dienen belang (het opheffen van de tekortkoming) en het daarmee te schaden belang (de nadelige gevolgen), de rechter 'een belangenafweging aan de hand van alle omstandigheden van het geval' dient te verrichten. Voor (de hantering van) de tenzij-clausule is de gegeven richtlijn dan ook van weinig betekenis.

Van meer belang voor de invloed van het proportionaliteitsbeginsel is een arrest uit 1998. In het cassatiemiddel was aangevoerd dat voor de ontbinding van een huurovereenkomst een *ernstige* tekortkoming is vereist. De Hoge Raad oordeelde dat er geen goede grond bestaat om voor huur van bedrijfsruimte af te wijken van de algemene regels voor de ontbinding, inhoudende:¹⁵

'... dat wanprestatie in de regel ontbinding wettigt, zij het dat de rechter in de omstandigheid dat de wanprestatie zo weinig van aard of betekenis is, aanleiding kan vinden de vordering tot ontbinding af te wijzen, op welke uitzondering de schuldenaar zich voldoende gemotiveerd moet beroepen (...).'

Het belang van deze overweging is hierin gelegen dat eruit blijkt dat de Hoge Raad uitgaat van een (zeer) bescheiden invloed van het proportionaliteitsbeginsel. Als (hoofd)regel wordt duidelijk vooropgesteld dat een tekortkoming ontbinding rechtvaardigt.

13 De rechter hoeft overigens niet ambtshalve tot de proportionaliteitstoetsing over te gaan. De tekortschietende schuldenaar zal zich gemotiveerd op de tenzij-clausule moeten beroepen: HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling); HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 317 (Abbas/Woningbouwvereniging). Vgl. ook HR 25 juni 1971, *NJ* 1971, 398 m.nt. GJS (Simonis/Bugshan) waarin is overwogen dat als de rechter het beroep op de uitzondering afwijst en ontbinding gerechtvaardigd acht, hij niet verplicht is in te gaan op alle feiten en omstandigheden die door de tekortschietende schuldenaar zijn aangevoerd ter staving van zijn standpunt dat de wanprestatie van te geringe betekenis zou zijn. Kritisch hierover: Bakels 1993, p. 227 die stelt dat de constructie van een hoofdregel (iedere tekortkoming rechtvaardigt ontbinding) en een te bewijzen of aannemelijk te maken uitzondering (tenzij ...) onjuist is, omdat naar zijn mening – als ik het goed zie – altijd aan de hand van een belangenafweging moet worden nagegaan of ontbinding gerechtvaardigd is.

14 HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 m.nt. JH (Twickler/R.); HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 444; HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling). Eventueel moet ook rekening worden gehouden met omstandigheden die zich ná de gestelde wanprestatie hebben voorgedaan: HR 9 februari 2001, *JOL* 2001, 108, HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992, 715 (Lensink/Van Koppenhagen), HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 695 m.nt. CJHB (Gallas/Mozes en Oskam).

15 HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling). Evenzo onder het oude recht. HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 317 (Abbas/Woningbouwvereniging); HR 25 juni 1971, *NJ* 1971, 398 m.nt. GJS (Simonis/Bugshan).

dig, een ernstige tekortkoming is niet vereist. Bezien vanuit het proportionaliteitsbeginsel betekent dit dat tussen het te dienen belang en het te schaden belang in het algemeen geen onevenredigheid zal bestaan. De tenzij-clausule is – kennelijk – dus slechts bij wijze van uitzondering van toepassing: de schuldeiser die geconfronteerd wordt met een tekortkoming is in het algemeen gerechtigd tot uitoefening van de ontbindingsremedie.

Dat de Hoge Raad vasthoudt aan het in de wetsgeschiedenis voorgestane *recht* op ontbinding volgt ook uit een arrest dat een jaar later is gewezen. In deze zaak moest de Hoge Raad oordelen over een vonnis van een rechtbank waarin zij had onderscheiden tussen (i) bedingen die de kern raken van de overeengekomen prestatie en (ii) bedingen die niet de kern van de overeengekomen prestatie betreffen. Naar het oordeel van de rechtbank leverde schending van contractuele bepalingen die behoren tot de eerste categorie in beginsel grond op voor ontbinding. Niet-naleving van tot de tweede categorie behorende bedingen kan volgens de rechtbank echter alleen dan ontbinding rechtvaardigen, indien het belang van de schuldeiser bij naleving van het beding zwaarder weegt dan het belang van de schuldenaar bij instandhouding van de overeenkomst. Daaraan heeft de rechtbank toegevoegd dat de partij die ontbinding nastreeft, haar belang bij naleving van een tot de tweede categorie behorend beding in de nakoming waarvan de wederpartij is tekortgeschoten, dient te stellen en te bewijzen. De Hoge Raad overweegt hierover:¹⁶

‘Voor het op voorhand maken van een onderscheid van in een overeenkomst opgenomen beding en een verdeling van de stelplicht en bewijslast als door de Rechtbank is aangenomen, biedt art. 6:265 lid 1 echter geen grond. Volgens deze bepaling geeft immers *iedere* tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen in beginsel aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden.’

In navolging van de tekst en ontstaansgeschiedenis van art. 6:265 lid 1 oordeelt de Hoge Raad dus dat iedere tekortkoming, ook als zij de nakoming van een nevenverbintenis betreft, in beginsel recht geeft op ontbinding. Bij de woorden ‘in beginsel’ heeft de Hoge Raad de tenzij-clausule op het oog, dat kennelijk moet waken tegen uitzonderlijke gevallen van disproportionaliteit. Geconcludeerd kan derhalve worden dat de beperkte gelding van het proportionaliteitsbeginsel zoals in de wetsgeschiedenis wordt voorgeschreven, ingang heeft gevonden bij de Hoge Raad.

Voor de mate waarin het proportionaliteitsbeginsel de ontbindingsremedie beïnvloedt, is verder nog de zaak tussen Mol c.s. en Meijer Beheer BV van belang. Hierin was door de tekortschietende schuldenaar, Mol c.s., betoogd dat de redelijkheid en billijkheid aan de gevorderde ontbinding in de weg zou staan en wel in verband met de zwaarwegende gevolgen die de ontbinding voor hem zou hebben. Het hof oordeelde dat een beroep op de redelijkheid en billijkheid ter afwering van de ontbinding slechts in beperkte mate mogelijk is. Volgens de Hoge Raad is dit oordeel juist, nu ‘uit de

16 HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 m.nt. JH (Twickler/R.). Dit arrest is besproken door Valk 1999, p. 143-145

bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van artikel 6:265 BW blijkt dat in geval van tekortkoming een vordering tot ontbinding van de overeenkomst toewijsbaar is, tenzij de bijzondere aard of de geringe betekenis van de tekortkoming daaraan in de weg staat, zodat voor de werking van de redelijkheid en billijkheid te dezer zake slechts een beperkte ruimte is opengelaten.¹⁷ Daarmee wordt duidelijk dat wanneer de schuldenaar het proportionaliteitsbeginsel inroept op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2), en dus niet via de tenzij-clausule, de Hoge Raad wederom aansluiting zoekt bij de wetsgeschiedenis van art. 6:265. Ook via de redelijkheid en billijkheid kan de ontbinding dus slechts in beperkte mate onder invloed staan van het proportionaliteitsbeginsel.

Ten aanzien van de wijze waarop de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel in de rechtspraak – meer inhoudelijk – wordt ingevuld, geldt het volgende. De vraag of een tekortkoming in een bepaald geval al dan niet van voldoende gewicht is om de ontbinding te rechtvaardigen, anders gezegd: de vraag of het met de ontbinding te dienen belang zwaarder weegt dan het te schaden belang, is nauw verweven met de feitelijke omstandigheden. Dit maakt het lastig om over de invulling van de tenzij-clausule algemene uitspraken te doen. Daarbij moet bedacht worden dat de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt vrij weinig houvast biedt, omdat de waardering van de omvang en betekenis van de tekortkoming in het kader van de vraag of ontbinding gerechtvaardigd is, een beslissing van feitelijke aard vormt die in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst.¹⁸ Wel valt uit de arresten een aantal gezichtspunten te distilleren die van belang zijn bij het oordeel of de tekortkoming van voldoende gewicht is om de ontbinding te rechtvaardigen. Benadrukt moet daarbij evenwel worden dat de Hoge Raad niet wil weten van algemene regels.¹⁹ De genoemde gezichtspunten zijn daarom slechts aan te merken als factoren die de rechter in de proportionaliteitsafweging moet meenemen, beslissend zijn zij allerminst.

17 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m.nt. JBMV (Mol c.s./Meijer Beheer BV).

18 Aldus onder het oude recht reeds HR 25 juni 1971, *NJ* 1971, 398 m.nt. GJS (Simonis/Bugshan) en recent HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp c.s./Regency Residence NV) r.o. 4.2. Vgl. verder A-G Strikwerda in zijn conclusie (nr. 16) voor HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 m.bt. JH (Twickler/R.); A-G Hartkamp in zijn conclusie (nr. 6) voor HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling) en dezelfde (als P-G) in zijn conclusie (nr. 10) voor HR 29 oktober 2004, *NJ* 2005, 79 (De Nijs/Fakkeldij) en A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie (nr. 14) voor HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp c.s./Regency Residence NV).

19 Aldus ook Vranken in zijn noot onder HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (Mol c.s./Meijer Beheer BV) en Hijma in zijn noot voor HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 (Twickler/R.)

9.4 Een aantal gezichtspunten

In de eerste plaats kan de *aard van de overeenkomst* van belang zijn bij de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel.²⁰ Zo is denkbaar dat bij een overeenkomst tot overdracht van (aandelen in) een onderneming,²¹ bij een huurovereenkomst²² of bij een verzekeringsovereenkomst²³ de gevolgen van de ontbinding dermate ingrijpend zijn voor de schuldenaar dat hij door de ontbinding onevenredig zwaar zou worden getroffen. Bij dit gezichtspunt ligt de nadruk dus op het belang van de schuldenaar dat door de ontbinding wordt geschaad. In de literatuur wordt in verband met de aard van de overeenkomst vaak als voorbeeld genoemd de aannemingsovereenkomst waarin door de aannemer is tekortgeschoten.²⁴ Nu ongedaanmaking in de zin van het afbreken van het werk veelal geen recht doet aan het belang van de tekortschietende aannemer en een waardevergoeding vaak lager is dan de sloopkosten, is de gedachte dat hij door de ontbinding meestal onevenredig zwaar zal worden getroffen. Voorts wordt in de literatuur algemeen aanvaard dat de tenzij-clausule bij uitsteking van toepassing is bij een duurovereenkomst.²⁵

Anderzijds is het onder omstandigheden echter ook goed mogelijk dat de aard van de overeenkomst meebrengt dat het belang van de schuldeiser zwaarder weegt en ontbinding dus juist (nog) eerder proportioneel is. Hierbij valt te denken aan het door Bakels genoemde voorbeeld van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst die tot een vergaande mate van samenwerking verplicht;²⁶ als het vertrouwen en de lust tot samenwerking door de tekortkoming is geschaad, vergt het belang van de schuldeiser in het algemeen dat hij van de overeenkomst af kan. In zoverre kan het gezichtspunt dus evenzeer gericht zijn op het te dienen belang en

20 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m nt. JBMV (Mol c s./Meijer Beheer BV); HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling). Ook uit de lagere rechtspraak blijkt dat gelet op de aard van de overeenkomst de tekortkoming van dusdanig geringe betekenis kan zijn dat ontbinding moet worden afgewezen. Zie voor een overzicht van lagere rechtspraak Verbintenissenrecht (Hartlief), art. 265, aant. 7.

21 Vgl. HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m nt. JBMV (Mol c s./Meijer Beheer BV).

22 Vgl. HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 (Twickler/R); HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling).

23 Vgl. HR 16 januari 1959, *NJ* 1960, 46 (Benzol). Voor sommige benoemde overeenkomsten gelden overigens bijzondere bepalingen die de algemene ontbindingsmogelijkheid beperken, zie nader hierover: Verbintenissenrecht (Hartlief), art. 265, aant. 10, Hartlief 1994, p. 94-109.; Bakels 1993, p. 234-242 en dezelfde 1994, nr. 24.

24 Zie onder meer Brunner in zijn noot onder HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 626 (Automatic Signal/De Haas); Hartlief 1994, p. 98-100, Bakels 1993, p. 236-238 en dezelfde 1994, nr. 24. De Jong schrijft in Verbintenissenrecht algemeen 2004, nr. 256 dat uit bijvoorbeeld de aard van de huurovereenkomst voortvloeit dat gezien het woonbelang van de huurder ontbinding niet meteen voor de hand ligt.

25 Asser-Hartkamp II 2005, nr. 524-525, Asser-Hijma I 2001, nr. 532, Hijma in zijn noot onder HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 (Schwarz/Gnjatovic); Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 253; Hammerstein en Vranken 2003, nr. 48, De Vries 1997, p. 153; Hartlief 1994, p. 210; Bakels 1993, p. 233-234 en dezelfde 1994, nr. 24. Dat de tenzij-clausule in de regel van toepassing is bij een tekortkoming in de nakoming van een duurovereenkomst is blijkens de wetsgeschiedenis terug te voeren op het interne subsidiariteitsbeginsel zie daarom nader: § 6.2.

26 Bakels 1993, p. 233 en dezelfde 1994, nr. 24.

vormt het alsdan juist een rechtvaardiging voor onverkorte gelding van het recht op ontbinding.

Daarnaast kan van invloed zijn op de proportionaliteitstoetsing *de aard en de betekenis van het beding* waarin tekortgeschoten is.²⁷ Bij deze afwegingsfactor ligt het accent op het te dienen belang: hoe onbelangrijker (correcte nakoming van) het beding voor de schuldeiser is, hoe geringer het met de ontbinding te dienen belang zal zijn. Het volgende, wederom aan Bakels ontleende, voorbeeld kan hier als illustratie dienen. Wanneer de pachter van een wijngaard de jaarlijkse canon heeft betaald, maar tekortgeschoten is in de (neven)verbintenis om jaarlijks nieuwe wijnstokken bij te planten omdat hij daartoe niet in staat was door druifluis, ligt het voor de hand dat algehele ontbinding van de (pacht)overeenkomst in verhouding tot de tekortkoming in de nevenverbintenis niet proportioneel is. Hiervoor bleek evenwel dat een algemene regel inhoudende dat als de tekortkoming een nevenbeding betreft de ontbinding eerder disproportioneel zal zijn, zodat de schuldeiser zal moeten stellen en bewijzen dat zijn belang bij ontbinding zwaarder weegt dan dat van de schuldenaar bij instandhouding van de overeenkomst, door de Hoge Raad rigoureuus van de hand is gewezen;²⁸ het recht op ontbinding staat ook bij de tekortkoming in de nakoming van een nevenverbintenis voorop. Dit betekent dat het met de ontbinding te dienen belang, de tekortkoming die gelegen is in de nakoming van een nevenverbintenis, in de regel zwaarder zal wegen dan de nadelige gevolgen voor de schuldenaar.

Voorts wordt door de Hoge Raad als wegingsfactor genoemd *het belang van de schuldenaar bij instandhouding van de overeenkomst*.²⁹ Dit gezichtspunt is toegespitst op die zijde van de proportionaliteitsafweging die ziet op het met de ontbinding te schaden belang. Gesteld kan worden dat hoe groter het belang bij instandhouding van de overeenkomst is, hoe eerder de ontbinding disproportioneel zal zijn in verhouding tot het te dienen belang. Echter, ook hier geldt dat de hoofdregel luidt dat de schuldeiser recht heeft op ontbinding, zodat deze factor slechts in buitengewone gevallen de doorslag zal geven.

De omstandigheid dat *de tekortkoming geen schade of ernstige gevolgen heeft veroorzaakt*, staat volgens de Hoge Raad niet eraan in de weg dat die tekortkoming

27 HR 9 februari 2001, *JOL* 2001, 108; HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 m.nt. JH (Twickler/R). Uit het overzicht gegeven in Verbintenissenrecht (Hartlief), art. 265, aant. 7 blijkt dat ook in de lagere rechtspraak de tekortkoming soms van geringe betekenis geoordeeld nu zij een accessoir beding of een bijkomstige verplichting betreft. In deze zin ook: Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 255.

28 HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 m.nt. JH (Twickler/R.).

29 HR 30 november 1984, *NJ* 1985, 232 (Plieger/Van Delft); het ging in dit arrest om het woonbelang van de tekortschietende huurder. Door Hartlief 1994, p. 94 wordt erop gewezen dat het belang van de tekortschietende schuldenaar bij voortzetting van de contractuele relatie vooral naar voren treedt bij huur, pacht, arbeidsovereenkomst, en huurkoop bij onroerende zaken. In deze gevallen is ontbinding niet snel gerechtvaardigd.

grond voor ontbinding kan zijn.³⁰ Daarentegen mag de rechter bij de vraag of zich het geval voordoet voorzien in de slotzinsnede van art. 6:265 lid 1, niet voorbijgaan aan het gegeven dat de tekortkoming geen schade of nadeel tot gevolg heeft gehad. Een algemene (proportionaliteits)regel wordt hier dus wederom verworpen; de Hoge Raad bestempelt de omstandigheid slechts als een factor die bij de proportionaliteits-toetsing in aanmerking moet worden genomen.³¹ Daarbij kan overigens worden opgemerkt dat deze afwegingsfactor geheel gericht is op het te dienen belang: als de tekortkoming niet tot schade of ernstige gevolgen heeft geleid, zal eerder sprake kunnen zijn van het uitzonderlijke geval dat het te dienen belang minder zwaar weegt dan het te schaden belang, zodat ontbinding niet proportioneel is. In het verlengde hiervan ligt het geval waarin een enkele tekortkoming te gering is om ontbinding te rechtvaardigen, maar waarbij een *reeks van dergelijke tekortkomingen* de ontbinding niettemin mogelijk maakt.³² De gedachte hierachter is kennelijk dat hoe omvangrijker de tekortkoming(en) is/(zijn), hoe zwaarder het te dienen belang weegt en hoe eerder aan het proportionaliteitsbeginsel wordt voldaan.

Tot slot moet bij de beoordeling van de vraag of de ontbinding door de tekortkoming gerechtvaardigd wordt, acht geslagen worden op *de gedragingen van de schuldeiser en/of van de schuldenaar*, ook wanneer deze hebben plaatsgevonden nádat de tekortkoming zich heeft voorgedaan.³³ In verband met de gedragingen van de schuldeiser volgt uit de lagere rechtspraak³⁴ dat zijn houding na het constateren van de tekortkoming van invloed kan zijn op de gerechtvaardigdheid van de ontbinding. Evenzo blijkt van betekenis te zijn de omstandigheid dat de schuldeiser door zijn houding de tekortkoming in de hand heeft gewerkt c.q. veroorzaakt heeft dan wel het gegeven dat hij het verzuim gemakkelijk zelf kon herstellen. Daarnaast kan worden

30 HR 9 februari 2001, *JOL* 2001, 108. Vgl. ook: HR 29 maart 2002, *NJ* 2002, 270 waarin is overwogen dat het feit dat de tekortkoming geen schade heeft veroorzaakt op zichzelf niet beslissend is voor de vraag in welke mate een gedeeltelijke ontbinding tot vermindering van de prestaties moet leiden. Zie voorts nog HR 29 oktober 2004, *NJ* 2005, 79 (De Nijs/Fakkeldij) waarin het door de schuldeiser gestelde (enige) belang bij ontbinding door de schuldenaar/huurder (voldoende gemotiveerd) was weersproken, zodat geoordeeld werd dat de tekortkoming van de huurder de ontbinding niet rechtvaardigt. Vanuit proportionaliteitsoogpunt is deze uitspraak juist: immers nu ontbinding het beoogde belang in het geheel niet kon bereiken, weegt het met de ontbinding te dienen belang geenszins op tegen de nadelige gevolgen van ontbinding voor de schuldenaar.

31 Uit het rechtspraakoverzicht gegeven in Verbintenissenrecht (Hartlief), art. 265, aant. 7 blijkt dat de lagere rechter deze omstandigheid – inderdaad – in zijn proportionaliteitsafweging meeneemt: het feit dat de schuldeiser geen schade heeft geleden, dan wel geen redelijk belang bij de ontbinding heeft c.q. ontbinding vordert op een schijngrond, kan ertoe leiden dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt.

32 HR 29 oktober 1971, *NJ* 1972, 40 m.nt. GJS (Canter/Stephenson). Ook in de lagere rechtspraak is de omvang van de wanprestatie als zodanig een afwegingsfactor bij de proportionaliteitsafweging, zie Verbintenissenrecht (Hartlief), art. 265, aant. 7.

33 HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992, 715 (Lensink/Van Koppenhagen); HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 695 m.nt. CJHB (Gallas/Mozes en Oskam). Zie overigens voor mijn kritiek op de heersende leer inhoudende dat nadat de schuldeiser een ontbindingsmaatregel heeft getroffen een door de schuldenaar gedaan aanbod tot nakoming plus schadevergoeding nog een beletsel kan zijn voor de ontbindingsmogelijkheid § 5.5-5.6

34 Verwezen wordt wederom naar Verbintenissenrecht (Hartlief), art. 265, aant. 7.

gewezen op de omstandigheid dat de schuldeiser op de hoogte kon zijn van de gebreken. Bij de omstandigheden die onder het gezichtspunt 'de gedragingen van de schuldeiser' kunnen worden geschaard, ligt de nadruk dus op (het bepalen van) het gewicht van het te dienen belang. Ten aanzien van de gedragingen van de schuldenaar gaat het daarentegen juist om (het bepalen van) de omvang van het te schaden belang. Van betekenis blijkt hierbij te zijn, zo volgt wederom uit de lagere rechtspraak,³⁵ het feit dat de schuldenaar geregeld correct aan zijn verplichtingen heeft voldaan, het feit dat hij alsnog, zij het te laat, correct heeft voldaan aan zijn verplichtingen dan wel heeft aangeboden dat te doen.³⁶ Evenzo kan de omstandigheid dat de schuldenaar al het mogelijke heeft gedaan ter voorkoming of beperking van de tekortkoming of de omstandigheid dat de schuldenaar geheel te goeder trouw was, meebrengen dat het met de ontbinding te schaden belang zwaarder moet wegen dan het te dienen belang.³⁷

Uiteraard zijn de hier weergegeven gezichtspunten niet limitatief. Bedoeld is slechts een schets te geven van een aantal factoren waarop in de rechtspraak bij de invulling van de tenzij-clausule uitdrukkelijk en/of meermalen is gewezen. Zoals de Hoge Raad immers ook al herhaaldelijk (en terecht) heeft gesteld, zijn alle omstandigheden van het geval van belang bij de vraag of de tekortkoming de nadelige gevolgen van de ontbinding rechtvaardigt.

Een duidelijk voorbeeld van de wijze waarop getoetst wordt aan het proportionaliteitsbeginsel, biedt het arrest van het hof in de zaak *Tromp c.s./Regency Residence NV*.³⁸ In deze zaak werd door de verkopers van een aantal percelen grond (algehele) ontbinding van de koopovereenkomst gevorderd, omdat de koopster de koopsom niet (tijdig) had voldaan. Bij zijn oordeel over deze vordering acht het hof het volgende van belang:

- i de verkopers (schuldeisers) hadden de koopsom dringend nodig om een aantal voorgenomen transacties aan te gaan;
- ii de marktprijs van het onroerend goed was sinds de verkoop aanzienlijk gestegen;
- iii de verkopers hadden ten tijde van het verzuim van de koopster een andere koper gevonden die bereid was belangrijk meer te betalen;
- iv de verkopers hadden aan koopster een aanbod gedaan om het gekochte alsnog voor een hoger bedrag van hen te kopen;
- v dit aanbod is door de koopster afgeslagen;

35 Zie de vorige noot.

36 Dat meegewogen wordt dat de schuldenaar na de gevorderde ontbinding alsnog nakomt of aangeboden heeft na te komen, is m.i. onjuist nu een externe subsidiariteitstoetsing niet moet plaatsvinden bij art. 6:265 lid 1, zie uitgebreid hierover § 5.5-5.6.

37 Vgl. *Verbintenissenrecht algemeen* (De Jong) 2004, nr. 255. Uit het overzicht van de lagere rechtspraak bij *Verbintenissenrecht* (Hartlief), art. 265, aant. 7 blijkt dat als factoren in de lagere rechtspraak verder nog worden genoemd: de geringe overschrijding van een (betalings)termijn, de tijdsomstandigheden waaronder de schuldenaar zijn verplichtingen te vervullen had en de wijze van totstandkoming van de overeenkomst.

38 Te kennen uit HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160.

- vi de bereidheid van de verkopers om tegen een hogere prijs alsnog aan de koopster te verkopen geeft aan hoever hun belang strekte; met bijbetaling van het bedrag was voor hen de kous immers af geweest;
- vii het feit dat aangenomen kan worden dat het verzuim van de koopster niet van lange duur zou zijn geweest;
- viii koopster had reeds veel geld in het gekochte geïnvesteerd.

In deze omstandigheden kan een aantal van de hiervoor genoemde gezichtspunten worden ontwaard. Zo bepalen de omstandigheden (i), (ii), (iii) en (vii) de gevolgen van de tekortkoming voor de schuldeiser. Van de omstandigheden (iv), (v) en (vii) kan gesteld worden dat zij zien op gedragingen van de schuldeiser en/of van de schuldenaar. Omstandigheid (viii) geeft een invulling aan het belang van de schuldenaar bij instandhouding van de overeenkomst. En in omstandigheid (vi) ziet het hof een aanwijzing ten aanzien van het (te dienen) belang van de verkopers bij ontbinding. Alle omstandigheden in aanmerking genomen, komt het hof vervolgens tot het oordeel dat de verkopers in redelijkheid de ontbinding niet voor het geheel konden inroepen. Het is redelijk en voor de hand liggend, zo stelt het hof, dat de ontbinding beperkt wordt tot de zes percelen grond die de koopster – naar aanleiding van een kort geding vonnis – inmiddels weer aan de verkopers heeft teruggeleverd.

Het hof heeft bij zijn oordeel, dat volgens de Hoge Raad niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en evenmin onbegrijpelijk is, dus méérdere gezichtspunten gehanteerd ter invulling van het te dienen belang enerzijds en het te schaden belang anderzijds. Deze gezichtspunten blijken géén op zichzelf staande grootheden te zijn, maar krijgen hun 'gewicht' doordat ze tegen elkaar worden afgewogen. De uit de jurisprudentie gedistilleerde gezichtspunten staan dus met elkaar in verbinding als waren zij 'communicerende vaten'.

Een ander aspect dat uit 's hofs arrest duidelijk naar voren treedt, betreft de consequentie van het oordeel dat de ontbinding disproportioneel is. Wanneer de uitkomst van de proportionaliteitsafweging luidt dat ontbinding niet gerechtvaardigd is, is het onvermijdelijke gevolg hiervan dat de schuldeiser ter opheffing van zijn nadeel moet terugvallen ófwel op een minder vergaande wijze van ontbindingsuitoefening, ófwel op een andere remedie (nakoming of vervangende schadevergoeding, al dan niet gecombineerd met aanvullende schadevergoeding). In het onderhavige geval oordeelde het hof dat de verkoper, gelet op de disproportionaliteit van de algehele ontbinding, aangewezen was op een gedeeltelijke ontbinding, namelijk ontbinding ten aanzien van slechts zes van de dertien verkochte percelen.³⁹

39 Hoewel dit niet was gevorderd, heeft het hof de gedeeltelijke ontbinding vervolgens – met instemming van de Hoge Raad – toegewezen. Vgl. voor een voorbeeld uit de lagere rechtspraak: Rb. Amsterdam 12 februari 1997, *V/R* 1997, 145. Ook in de literatuur wordt algemeen aangenomen dat als de rechter de gevraagde vorm van ontbinding niet proportioneel acht, hij tot toewijzing van die andere vorm kan overgaan: Hartlief 1994, p. 121-122, 217 en 220, *Verbintenissenrecht* (Hartlief), art. 270, aant. 3; Vgl. Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516; Asser-Hijma I 2001, nr. 496 en Linsen 1997, p. 65 alwaar wordt verwezen naar TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005 waarin is overwogen dat het mogelijk is dat de afweging op grond van de tenzij-clausule kan leiden tot de conclusie dat een algehele

Bij de proportionaliteitstoetsing mag echter niet uit het oog worden verloren dat blijkens de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie van de Hoge Raad het te dienen belang doorgaans zwaarder zal wegen dan het te schaden belang. Disproportionaliteit kan daarom slechts bij wijze van uitzondering, dus enkel in sprekende gevallen, worden aangenomen. Als hoofdregel geldt immers dat de schuldeiser recht heeft op ontbinding.

9.5 Eenstemmigheid in de literatuur

Zoals hiervoor al aan de orde is gekomen, heeft het uitgangspunt van een recht op ontbinding in een deel van de literatuur, onder aanvoering van Hartkamp, Hijma en De Vries, bijval ondervonden. Daartoe wordt aangevoerd dat het belang van de rechtszekerheid een dergelijk uitgangspunt zou vergen.⁴⁰ Zo moeten partijen in het algemeen ervan kunnen uitgaan dat als een ontbindingsverklaring is uitgebracht of als een ontbindingsvordering is ingesteld, dit tot gevolg heeft dat de overeenkomst eindigt. Onzekerheid over de vraag of al dan niet is ontbonden zou het rechtsverkeer niet ten goede komen. Voorts wordt in dit verband gewezen op de situatie waarin de schuldeiser een consument is die geconfronteerd wordt met een tekortschietende professionele wederpartij; door een beperktere ontbindingsremedie zou zijn positie te zeer worden ondergraven.⁴¹ Daarnaast zou het wederkerige karakter van de overeenkomst (het 'do ut des-verband') rechtvaardigen dat de schuldeiser in de regel kan overgaan tot ontbinding: een partij jegens wie tekortgeschoten wordt, moet zich in het algemeen kunnen bevrijden van de prestatie die zij in ruil voor de niet (deugdelijk) verrichte prestatie had toegezegd.⁴² In het verlengde hiervan wordt het sanctiekarakter van ontbinding aangehaald; het zou de enige remedie zijn die voorkomt dat

ontbinding niet, maar een vorm van gedeeltelijke ontbinding wel door de tekortkoming gerechtvaardigd is. Hetzelfde geldt overgens wanneer de algehele ontbinding wegens de interne subsidiariteitstoetsing niet door de beugel kan, zie § 6.3. Zie verder meer in het algemeen. Brunner in zijn noot onder HR 5 november 1982, *NJ* 1984, 125; HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994, 107 (Kraaiende hanen) waarin is bepaald dat als de rechter van oordeel is dat een gevorderde voorziening als te vergaand niet kan worden toegewezen, maar dat een minder verstrekkende voorziening wel op zijn plaats zou zijn, hij laatstbedoelde voorziening zal moeten toewijzen indien hij aannemelijk oordeelt dat in hetgeen gevorderd is ook een vordering tot het treffen van die minder verstrekkende voorziening besloten ligt. Hoewel de minder vergaande gedeeltelijke ontbinding geacht kan worden besloten te liggen in de algehele ontbindingsvordering, kan m.i. niet worden aangenomen dat de ontbindingsvordering (tevens) een vordering tot nakoming en/of schadevergoeding behelst. Immers, deze vorderingen zijn van zodanig andere aard dat toewijzing van dit mindere niet neerkomt op gedeeltelijke toewijzing van het meerdere. De rechter kan dus niet eigener beweging overgaan tot het toewijzen van nakoming en/of schadevergoeding als de gevorderde (gehele/gedeeltelijke) ontbinding ongerechtvaardigd, want disproportioneel, wordt bevonden.

40 Zie met name Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516, Asser-Hijma I 2001, nr. 496 en recentelijk ook Van Nispen 2003, nr. 26 en nr. 11.

41 Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516; Hondius 1994, p. 219. Zoals ik reeds heb aangegeven, is de ontbindingsremedie voor de consument-koper sinds 1 mei 2003 te vinden in art. 7:22.

42 De Vries 1997, p. 154-155; De Jong 2003, p. 87.

de schuldeiser blijft opgezadeld met een tekortschietende schuldenaar.⁴³ Een beperking op de mogelijkheid tot ontbinding zal (ook) vanuit dit oogpunt dus niet snel gerechtvaardigd zijn. Tot slot wordt benadrukt dat het recht op ontbinding ook weer niet onbeperkt is: op grond van de tenzij-clausule kan de rechter voldoende rekening houden met het belang van de schuldenaar.⁴⁴ Door aldus in te stemmen met het recht op ontbinding en de beperkte gelding van de tenzij-clausule, aanvaardt dit deel van de doctrine dus (tevens) de zeer beperkte invloed die in de wetsgeschiedenis en in de rechtspraak aan het proportionaliteitsbeginsel is toegekend.

Daarentegen bleek het recht op ontbinding door een ander deel van de doctrine, met Bakels en Hartlief in de voorhoede, te worden verworpen.⁴⁵ De schrijvers die tot deze moderne benadering behoren, menen dat de ontbinding voor de schuldeiser géén recht, maar een laatste redmiddel dient te zijn. Zoals hiervoor al uitvoerig is besproken, bepleiten zij daarom dat op grond van de tenzij-clausule een toetsing moet plaatsvinden aan het externe en aan het interne subsidiariteitsbeginsel.

Op het moment dat vaststaat dat de ontbinding zowel de externe als de interne subsidiariteitstoetsing kan doorstaan, blijkt dat ontbinding in de moderne benadering mogelijk wordt geacht. Hoewel het recht op ontbinding vanuit (extern en intern) subsidiariteitsoogpunt wordt verworpen, wordt de zeer beperkte invloed van het proportionaliteitsbeginsel derhalve niet bestreden. Verwarrend zijn dan ook de bewoordingen die met name Hartlief gebruikt. Zo heeft hij bepleit ontbinding alleen mogelijk te maken als sprake is van een *wezenlijke* tekortkoming.⁴⁶ Dit betekent dat Hartlief stelt dat de nadelige gevolgen van ontbinding pas in een proportionele verhouding staan tot de tekortkoming als zij 'wezenlijk' is. Daarmee wil hij de proportionaliteits-toetsing dus verscherpen. Echter, bij de invulling van het vereiste van een wezenlijke tekortkoming blijkt hij 'enkel' een scherpe toetsing aan het externe en het interne subsidiariteitsbeginsel op het oog te hebben.⁴⁷ Op zichzelf genomen, is de gedachte van een subsidiariteitstoetsing (extern/intern) binnen het proportionaliteitsbeginsel geenszins onjuist. Als gezegd, kan het subsidiariteitsbeginsel (zowel de externe als de interne variant) immers worden beschouwd als een nadere invulling van de 'algemenere' proportionaliteitsgedachte. Door het subsidiariteitsbeginsel evenwel te verpakken in het vereiste van de wezenlijke tekortkoming, en daarmee geen onderscheid te maken tussen de (externe en interne) subsidiariteitsafwegingen enerzijds en de

43 De Vries 1997, p. 151. Helemaal juist is dit niet. Zo is in § 5.7.1 gebleken dat de vervangende schadevergoeding qua gevolgen voor de schuldenaar een equivalent van ontbinding kan zijn. Vgl. verder Tjittes 2000, p. 42 die ten aanzien van het sanctiekarakter van ontbinding benadrukt dat het uitgangspunt van een recht op ontbinding bevordert dat schuldenaren de beloofde prestaties nakomen.

44 Asser-Hartkamp II 2005, nr. 516; Asser-Hijma I 2001, nr. 497; Valk 2003, p. 137 en dezelfde 1997, p. 1222.

45 Zie § 5.3.4-5.3.6 en § 6.4.1.

46 Hartlief 1994, p. 207-208, 212.

47 Een uitzondering vormt zijn stelling over de niet-tijdige nakoming. Zo stelt hij op p. 208 en p. 212 dat ingeval van een vertraging sprake is van een 'wezenlijke' tekortkoming als het tijdsaspect 'of the essence' is. Dit betreft een 'zuiver' proportionaliteitsaspect. Overigens bleek hiervoor al dat ook in de wetsgeschiedenis is overwogen dat niet iedere vertraging de ontbinding kan rechtvaardigen: TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1004, en in vergelijkbare zin MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1012.

proportionaliteitsafweging anderzijds, wekt Hartlief de indruk dat hij (óók) een verdergaande invloed van het proportionaliteitsbeginsel voorstaat. Dat dit laatste echter niet het geval is, volgt uit het feit dat hij meent dat op het moment dat aan het vereiste van de wezenlijke tekortkoming (het externe en interne subsidiariteitsbeginsel) is voldaan, ontbinding in principe mogelijk is.⁴⁸

Geconstateerd kan dus worden dat wat betreft de invloed van het proportionaliteitsbeginsel eenstemmigheid heerst in de literatuur: in navolging van de wetsgeschiedenis en de rechtspraak wordt aanvaard dat uitoefening van de ontbindingsremedie in de regel proportioneel is.⁴⁹

9.6 De 'vangnetfunctie' van het proportionaliteitsbeginsel

Onomstreden is derhalve dat de ontbindingsremedie slechts in zeer beperkte gevallen kan afketsen op het proportionaliteitsbeginsel uit de tenzij-clausule. Dat dit juist is, wordt duidelijk wanneer de voorgaande hoofdstukken over ontbinding in elkaar geschoven worden, waardoor de wettelijke regeling in haar geheel te voorschijn komt. Aldus treedt namelijk naar voren dat de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel pas aan de orde komt nádat het externe en het interne subsidiariteitsbeginsel toepassing heeft gevonden. Als gezien, heeft het externe subsidiariteitsbeginsel zijn invloed immers reeds doen gelden door middel van het verzuim- annex ingebrekestellingsvereiste van het tweede lid van art. 6:265⁵⁰ en daarna eventueel ook nog via de mogelijkheid tot zuivering van het verzuim ex art. 6:86 jo art. 6:266 lid 1.⁵¹ De schuldeiser heeft de schuldenaar dus al een kans tot nakoming geboden en daarna heeft de schuldenaar evenzeer nagelaten zijn verzuim door (correcte) nakoming met aanvullende schadevergoeding te zuiveren. Weliswaar kan het zo zijn dat het verzuim van rechtswege is ingetreden of dat het verzuimvereiste zelfs in het geheel niet van toepassing was, maar voor deze gevallen geldt dat het alleszins gerechtvaardigd is dat de nakoming niet eerst hoefde te worden beproefd. Als de schuldeiser vervolgens overgaat tot het treffen van een ontbindingsmaatregel, dan is het gelet op de rechtszekerheid

48 Hartlief 1994, p. 211-212

49 Overigens wordt door schrijvers uit beide stromingen opgemerkt dat als het gaat om een tekortkoming in de nakoming van een nevenverbintenis de tenzij-clausule eerder aan de ontbinding in de weg kan staan dan als het gaat om een tekortkoming in de nakoming van de hoofverbintenis. Zie o.m. De Vries 1997, p. 147, 156-158; Bakels 1993, p. 231 en p. 278, 285. Ook in de rechtspraak wordt aangenomen dat het recht op ontbinding sneller op het proportionaliteitsbeginsel zal kunnen afketsen als de verbintenis waaraan tekortgeschoten wordt een nevenverbintenis betreft. Benadrukt zij (wederom) dat het hier slechts gaat om een deelregel: het is mogelijk dat ontbinding dan niet proportioneel is, beslissend is het allerm minst.

50 Voor de bijzondere ontbindingsremedie geldt dat het externe subsidiariteitsbeginsel reeds toepassing heeft gevonden via art. 7:22 lid 2

51 Hoewel het verzuimvereiste bij de ontbinding ex art. 7:22 niet geldt, heb ik ervoor gepleit dat een zuiveringsaanbod ook aan deze ontbindingsremedie in de weg kan staan, zolang de consument-koper nog geen ontbindingsmaatregel heeft getroffen. Deze beperking valt m.i. in de tenzij-clausule van art. 7:22 lid 1 onder a in te passen.

noodzakelijk en gelet op het belang van de schuldeiser gerechtvaardigd, dat nakoming en aanvullende schadevergoeding niet meer aan ontbinding in de weg kunnen staan. Dit betekent kortom dat als wordt toegekomen aan art. 6:265 lid 1 ervan moet worden uitgegaan dat de remedies van nakoming en aanvullende schadevergoeding de schuldeiser niet adequaat hebben kunnen dienen.

Hetzelfde geldt ten aanzien van de – nog resterende – remedie van vervangende schadevergoeding. Gebleken is dat zij in sommige gevallen dezelfde praktische gevolgen heeft als (wederzijdse) nakoming, terwijl het resultaat in andere gevallen gelijk is aan ontbinding. Vormt de vervangende schadevergoeding het equivalent van ontbinding dan is zij niet aan te merken als een *minder vergaande* remedie voor ontbinding, zodat het externe subsidiariteitsbeginsel hier geheel niet van toepassing is. Wanneer vervangende schadevergoeding het equivalent vormt van nakoming geldt dat via het verzuimvereiste en de mogelijkheid van zuivering van het verzuim de minder vergaande weg van nakoming al is bewandeld, zij het tevergeefs. Als gezegd, brengt de rechtszekerheid en het belang van de schuldeiser dan mee dat het externe subsidiariteitsbeginsel in art. 6:265 lid 1 is uitgewerkt. Daarom moet ook bezien vanuit de vervangende schadevergoedingsremedie worden aangenomen dat de ontbinding op grond van het externe subsidiariteitsbeginsel gerechtvaardigd is.

Evenzo moet men zich bij de proportionaliteitstoetsing van art. 6:265 lid 1 realiseren dat een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel evenzeer reeds is verricht. Dit betekent dat vaststaat dat een minder vergaande wijze van ontbindingsuitoefening het belang van de schuldeiser niet afdoende heeft kunnen behartigen.

Als kortom wordt toegekomen aan de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel moet bedacht worden dat alléén de ontbindingsremedie het geschonden belang van de schuldeiser adequaat kan dienen, volgens het externe en het interne subsidiariteitsbeginsel is de gekozen (vorm van) ontbinding immers gerechtvaardigd. Zodoende staat vast dat de tekortkoming nóch door een andere remedie, nóch door een minder vergaande wijze van uitoefening evengoed kon worden weggenomen als door de door de schuldeiser gewenste ontbinding. Zou daarentegen strijd met het proportionaliteitsbeginsel worden aangenomen, dan betekent dit dat de schuldeiser is aangewezen op een minder vergaande wijze van ontbindingsuitoefening óf (wanneer ook dit niet proportioneel is) op een andere remedie. Dit, terwijl juist ten aanzien van deze wijze van ontbinding of van deze alternatieve remedie geldt dat gebleken is dat zij het belang van de schuldeiser niet evengoed heeft kunnen behartigen.

Dáárom is het dus juist dat in de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur wordt uitgegaan van een zeer beperkte invloed van het proportionaliteitsbeginsel. Met het oog op de moderne benadering valt hieraan toe te voegen dat begrijpelijk is dat de zeer beperkte mate waarin de ontbinding onder invloed staat van dit beginsel ook daar wordt onderschreven. Als gezien, komt de kritiek van de aanhangers van de moderne benadering immers erop neer dat een externe en interne subsidiariteitstoetsing bij art. 6:265 lid 1 ten onrechte ontbreekt. Zij bepleiten dan ook met het beginsel van het redelijk alternatief en het vereiste van een wezenlijke tekortkoming de ontbinding (alsnog) aan deze toetsingen te onderwerpen. Wanneer de (gewenste vorm van) ontbinding eenmaal in overeenstemming is met het externe en interne subsidiariteits-

beginsel (het beginsel van het redelijk alternatief of de eis van een wezenlijke tekortkoming), is zij in hun visie evenzeer mogelijk. Daarmee blijkt dat ook in de moderne benadering voor het proportionaliteitsbeginsel nauwelijks nog ruimte bestaat. Onomstreden is derhalve het uitgangspunt dat het te dienen belang (de tekortkoming) de nadelige gevolgen van de ontbinding rechtvaardigt. Slechts in uitzonderlijke gevallen, wanneer de ontbinding dreigt te ontaarden in een onevenredig zware aantasting van het belang van de schuldenaar, zal dit anders kunnen liggen.

Daarmee vervult het proportionaliteitsbeginsel de functie van een 'vangnet' dat eventuele excessen kan 'opvangen' en voorkomen. Dezelfde rol kan de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid vervullen. Hiervoor bleek dat in de rechtspraak wordt aanvaard dat een beroep op art. 6:265 lid 1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:248 lid 2).⁵² Voor de (beperkte) mate waarin de redelijkheid en billijkheid aan een ontbinding in de weg kan staan, heeft de Hoge Raad terecht aangeknoopt bij de bewoordingen en ontstaansgeschiedenis van de tenzij-clausule. Daarmee blijkt dus dat tussen het proportionaliteitsbeginsel en de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid een parallel getrokken kan worden: niet alleen op grond van de tenzij-clausule, maar ook op grond van art. 6:248 lid 2 kan een proportionaliteitstoetsing worden uitgevoerd. In de literatuur wordt veelal miskend dat de afweging van de redelijkheid en billijkheid en de afweging van de tenzij-clausule zijn terug te voeren op het proportionaliteitsbeginsel en alsdan in wezen gelijk zijn.⁵³ Zo wordt een aantal voorbeelden genoemd waarin de redelijkheid en billijkheid 'afzonderlijk' de ontbinding zou kunnen aantasten. Zo zou ontbinding bij wijze van uitzondering disproportioneel kunnen zijn wanneer de schuldeiser problemen zou ondervinden bij het bewerken van ongedaanmaking van hetgeen reeds is gepresteerd.⁵⁴ In dat geval, zo is de gedachte, zou ontbinding dermate zwaarwegende gevolgen kunnen hebben voor de schuldenaar dat zij naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (en dus disproportioneel) kan zijn. Voorts zou ontbinding in strijd met het proportionaliteitsbeginsel kunnen zijn als de schuldeiser bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat hij de ontbindingsremedie niet zal uitoefenen (rechtsverwerking) of als door zijn toedoen de positie van de schuldenaar onredelijk is verzwaaard.⁵⁵ Op zichzelf genomen, bestaat er geen bezwaar tegen als deze proportionaliteitstoetsing plaatsvindt via de redelijkheid en billijkheid, mits men maar voor ogen houdt dat aan de hand van de omstandigheden van het geval (i) een

52 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m nt. JBMV (Mol c.s./Meijer Beheer BV).

53 Met name bij Valk 2003, p. 137 treedt dit duidelijk naar voren, waar hij schrijft dat er bij de beperkte ruimte die de Hoge Raad ziet voor de werking van de redelijkheid en billijkheid gedacht moet worden aan feiten en omstandigheden die niet passen binnen de vraag of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt, bijvoorbeeld gevallen van rechtsverwerking.

54 Asser-Hartkamp II 2005, nr. 534 en nr. 517 en zie ook zijn conclusie voor HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m.nt. JBMV (Mol c.s./Meijer Beheer BV); Van Nispen 2003, nr. 26. Als gezien, heeft Hartlief 1994, p. 200, 204 en 209 zelfs gesteld dat als ongedaanmaking onmogelijk is, ontbinding (extern) subsidiair moet zijn aan nakoming met aanvullende schadevergoeding. Slechts wanneer de tekortkoming in dat geval op één lijn kan worden gesteld met algehele niet-nakoming, is in zijn visie ontbinding mogelijk.

55 Valk 2003, p. 137.

afweging moet worden verricht van het met de ontbinding te dienen belang tegen het te schaden belang⁵⁶ en (ii) dat gelet op de regeling van art. 6:265 'er heel wat aan de hand moet zijn', wil aangenomen kunnen worden dat het te dienen belang niet opweegt tegen de nadelige gevolgen van ontbinding. Het wettelijk uitgangspunt van een *recht* op ontbinding is voor de proportionaliteitstoetsing immers alleszins juist, nu de externe en de interne subsidiariteitstoetsing al is uitgevoerd zodat aangenomen kan worden dat de nadelige gevolgen van de ontbinding in principe gerechtvaardigd zijn.

56 Daarbij kunnen de uit de rechtspraak gedistilleerde gezichtspunten genoemd in § 9.4 een rol spelen

10.1 Inleiding

De remedies van vervangende en aanvullende schadevergoeding zijn in het voorgaande reeds geanalyseerd aan de hand van het externe en het interne subsidiariteitsbeginsel. Daarbij is gebleken dat alleen de vervangende schadevergoeding aan beide varianten van het subsidiariteitsbeginsel onderworpen kan zijn. In dit hoofdstuk gaat het om de nog niet behandelde vraag of en, zo ja, in hoeverre de vordering tot vervangende schadevergoeding en die tot aanvullende schadevergoeding (nog) kan afstuiten op het proportionaliteitsbeginsel. Net als bij de ontbinding, betreft dit de vraag naar de invloed van het proportionaliteitsbeginsel 'in strikte zin'. Eventuele proportionaliteitsoverwegingen en elementen die zijn terug te voeren op het (externe en interne) subsidiariteitsbeginsel, zijn immers al aan de orde geweest en kunnen hier buiten beschouwing blijven.

10.2 Proportionaliteit van *vervangende* schadevergoeding

Bij de bespreking van de verhouding van de volledige tot de gedeeltelijke vervangende schadevergoeding (het interne subsidiariteitsbeginsel) is reeds naar voren gekomen dat het proportionaliteitsbeginsel bij de remedie van *vervangende* schadevergoeding tot uitdrukking komt in art. 6:87 lid 2. Zo vindt volgens deze bepaling géén omzetting van de oorspronkelijke verbintenis in een schadevergoedingsverbintenis plaats, die door de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd. Bedacht moet worden dat de remedie van vervangende schadevergoeding gericht is op het opheffen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming. Nu art. 6:87 lid 2 de (op te heffen) tekortkoming, het te dienen belang, koppelt aan de nadelige gevolgen van de vervangende schadevergoeding (het te schaden belang), omvat deze bepaling dus een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel. Uit de wetsgeschiedenis volgt, zo is eveneens hiervoor reeds gebleken, dat deze proportionaliteitstoetsing zowel van toepassing kan zijn wanneer de omzetting door een verklaring van de schuldeiser ex art. 6:87 lid 1 plaatsvindt, als ook wanneer de verbintenis van rechtswege ex art. 6:74 lid 1 wordt omgezet.¹ Bovendien kan het proportionaliteitsbeginsel volgens de parlementaire toelichting evenzeer op grond van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248

¹ MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 311

lid 2 worden ingeroepen.² Gebleken is verder dat het proportionaliteitsbeginsel voor de vervangende schadevergoedingsremedie een toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel meebrengt. Zo is volledige vervangende schadevergoeding op grond van art. 6:87 lid 2 of art. 6:248 lid 2 niet gerechtvaardigd (c.q. proportioneel), indien de gedeeltelijke prestatie en de gedeeltelijke schadevergoeding de schuldeiser voldoende uitkomst bieden.

Als voorbeeld waarin het proportionaliteitsbeginsel van art. 6:87 lid 2 toepassing kan vinden, wordt in de toelichting de situatie genoemd waarin een vertraging van dusdanig ondergeschikt belang is dat de omzetting voor de schuldenaar te ingrijpend is.³ Van een dergelijke, onbeduidende vertraging kan sprake zijn in het geval waarin nakoming zéér kortdurend tijdelijk onmogelijk is.⁴ Wanneer evenwel sprake is van tijdelijke onmogelijkheid kan volgens art. 6:82 lid 2 worden volstaan met een aansprakelijkstelling, waarbij een termijn voor nakoming niet is vereist. Dat het (rauwelijks) vorderen van vervangende schadevergoeding op grond van art. 6:87 lid 2 daarentegen niet door de tekortkoming wordt gerechtvaardigd als het een zéér kortdurende tijdelijke onmogelijkheid betreft, heeft ermee te maken dat het wenselijk wordt geacht dat de schuldenaar eerst (toch) nog een mogelijkheid tot nakoming krijgt. Het onredelijke resultaat waartoe de afwezigheid van het externe subsidiariteitsbeginsel zou leiden, wordt aldus opgevangen door het proportionaliteitsbeginsel uit het tweede lid van art. 6:87.

Hiervoor heb ik evenwel reeds verdedigd dat de zéér kortdurende tijdelijke onmogelijkheid geschaard moet worden onder de gevallen dat nakoming nog gewoon mogelijk is, zodat het externe subsidiariteitsbeginsel gewoon van toepassing is (via art. 6:82 lid 1: ingebrekestelling met een termijn voor nakoming).⁵ Betoogd is dat aangenomen moet worden dat ingeval van een zeer kortdurende tijdelijke onmogelijkheid géén sprake is van tijdelijke onmogelijkheid van nakoming in de zin van de wet. Zo ligt in de kwalificatie dat nakoming 'gewoon' mogelijk is, besloten dat het enige tijd kan duren voordat de prestatie feitelijk wordt uitgevoerd. Daartoe heb ik erop gewezen dat het namelijk altijd enige tijd kost om de prestatie (alsnog) te organiseren, en dus óók in geval nakoming gewoon mogelijk is. Nu in mijn visie bij het in de parlementaire geschiedenis aangehaalde voorbeeld van de zeer kortdurende tijdelijke onmogelijkheid het externe subsidiariteitsbeginsel van toepassing is, hoeft het proportionaliteitsbeginsel van art. 6:87 lid 2 er dus niet bij gehaald te worden om een onevenredige inbreuk op het belang van de schuldenaar te voorkomen.

Voorts volgt uit de toelichting dat de proportionaliteitstoetsing van art. 6:87 lid 2 de vervangende schadevergoeding eveneens kan beletten als de onbeduidende vertraging bestaat uit een geringe overschrijding van de afgesproken (fatale) termijn, of als het een geringe overschrijding van een termijn uit de ingebrekestelling betreft.⁶

2 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 311

3 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 302.

4 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 302 en p. 309.

5 Zie § 4.2.

6 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 255; MO, Parl. Gesch. Boek 6, p. 256-257

Hoewel de parlementaire stukken gevallen van onbeduidende vertraging aanhaalt bij wijze van illustratie van situaties waarin het proportionaliteitsbeginsel van art. 6:87 lid 2 van invloed is, kan uit de wetsgeschiedenis niettemin worden afgeleid dat strijd met het proportionaliteitsbeginsel slechts in uitzonderlijke gevallen zal kunnen worden aangenomen. Zo wordt daarin namelijk vooropgesteld dat de schuldeiser de bevoegdheid heeft om een prestatie die niet (tijdig) aan de verbintenis beantwoordt van de hand te wijzen.⁷ Dit betekent dat de schuldeiser ingeval van een te late nakoming in het algemeen de prestatie mag weigeren en voor het geleden nadeel de remedie van vervangende schadevergoeding kan uitoefenen. Daarmee gaat de wetgever dus ervan uit dat de schuldeiser (ook in geval van niet-tijdige nakoming) *recht* heeft op vervangende schadevergoeding. Aldus blijkt dat voor het proportionaliteitsbeginsel uit art. 6:87 lid 2 maar een zeer beperkte rol is weggelegd.⁸ Dit komt ook tot uitdrukking in de wettelijke regeling. Immers, volgens art. 6:74 lid 1 geeft *iedere* toerekenbare tekortkoming recht op vervangende schadevergoeding. Het tweede lid van art. 6:87 lid 2 is vervolgens negatief geformuleerd: zo eist het niet dat de tekortkoming de omzetting 'volledig' moet rechtvaardigen, maar wordt gesteld dat geen omzetting plaatsvindt die door de tekortkoming niet wordt gerechtvaardigd. Kennelijk weegt het te dienen belang (de op te heffen tekortkoming) dus doorgaans op tegen de nadelige gevolgen van de omzetting; slechts in het uitzonderlijke geval dat een wanverhouding ontstaat tussen de tekortkoming en het te schaden belang treedt het tweede lid in werking.

Geconstateerd kan daarmee worden dat het wettelijk uitgangspunt luidt dat het vorderen van vervangende schadevergoeding proportioneel is. De zeer beperkte ruimte die bij de vervangende schadevergoedingsremedie voor het proportionaliteitsbeginsel is opengelaten, is alleszins juist en begrijpelijk. Evenals bij ontbinding het geval is, wordt dit duidelijk wanneer men beseft dat op het moment dat de vervangende schadevergoeding getoetst wordt aan het proportionaliteitsbeginsel, zij de externe en interne subsidiariteitstoetsing reeds heeft doorstaan. Het externe subsidiariteitsbeginsel is, net als bij ontbinding, immers al van toepassing geweest via het verzuim- annex ingebrekestellingsvereiste van art. 6:74 lid 2 en daarna ook nog eventueel via de mogelijkheid tot zuivering van het verzuim ex art. 6:86 jo art. 6:87 lid 1. Dit betekent dat de schuldeiser in de regel de minder vergaande nakomingsremedie al heeft uitgeoefend; evenwel tevergeefs. Bovendien heeft de schuldenaar nagelaten het vervolgens ingetreden verzuim te zuiveren door alsnog correct na te komen en de inmiddels geleden (aanvullende) schade te vergoeden. Nu kan het weliswaar zo zijn dat de minder vergaande weg van nakoming niet eerst bewandeld is, omdat het verzuim van rechtswege is ingetreden of omdat het verzuimvereiste zelfs in het geheel niet van toepassing was, maar voor de afwezigheid van het externe subsidiariteitsbeginsel bleek in deze gevallen goede gronden te bestaan. Daarom geldt dat als de schuldeiser

7 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 311.

8 Ten onrechte (nog) anders: Hartlief en Stolp 2000, p. 247 en Hartlief 2003, p. 63-64 en dezelfde 1997, p. 199 die ervan uitgaan dat art. 6:87 lid 2 een volledig evenredige verhouding tussen de tekortkoming en de gevolgen van de remedie zou vereisen.

eenmaal is overgegaan tot het omzetten/vorderen van vervangende schadevergoeding, het gelet op de rechtszekerheid noodzakelijk en gelet op het belang van de schuldeiser gerechtvaardigd is, dat nakoming en aanvullende schadevergoeding niet meer aan de (omzetting van de verbintenis in) vervangende schadevergoeding in de weg kunnen staan. Het is onredelijk en irreal om het externe subsidiariteitsbeginsel almaar door te blijven voeren. Dit betekent dat als wordt toegekomen aan art. 6:87 lid 2 aangenomen moet worden dat de remedies van nakoming en aanvullende schadevergoeding de schuldeiser niet adequaat hebben kunnen dienen.⁹

In de tweede plaats moet men zich bij de toepassing van art. 6:87 lid 2 realiseren dat op grond van de reeds verrichte interne subsidiariteitstoetsing ook al is uitgemaakt in hoeverre volledige dan wel slechts gedeeltelijke vervangende schadevergoeding mogelijk is. Daarmee staat dus evenzeer vast dat ook een minder vergaande wijze van uitoefening van de vervangende schadevergoedingsremedie het geleden nadeel niet genoegzaam kan opheffen.

Kortom: wanneer de gevraagde vervangende schadevergoeding getoetst moet worden aan het proportionaliteitsbeginsel, staat reeds vast dat zij vanuit extern en intern subsidiariteitsoogpunt gerechtvaardigd is. Dáárom ligt het voor de hand dat de gevraagde vervangende schadevergoeding doorgaans ook vanuit proportionaliteitsoogpunt door de beugel kan en is het dus terecht dat als uitgangspunt geldt dat uitoefening van de vervangende schadevergoedingsremedie proportioneel is. Bedacht moet immers worden dat als geoordeeld wordt dat zij de proportionaliteitstoetsing niet kan doorstaan, de schuldeiser terugvalt op gedeeltelijke vervangende schadevergoeding óf op nakoming, eventueel met aanvullende schadevergoeding. Dit, terwijl nu juist ten aanzien van deze wijze van uitoefening resp. ten aanzien van deze alternatieve remedie(s) al is gebleken dat zij het belang van de schuldeiser niet (evengoed) hebben kunnen dienen. In de regel zal het te dienen belang van de schuldeiser dan ook (voldoende) opwegen tegen het te schaden belang van de schuldenaar. Alléén als sprake is van een 'aperte' disproportionaliteit kan uitoefening van de vervangende schadevergoedingsremedie niet langer door de beugel.

Net als bij de ontbinding, vervult het proportionaliteitsbeginsel ook hier dus de functie van een 'vangnet': het waakt tegen het uitzonderlijke geval waarin de vervangende schadevergoeding, ondanks het feit dat zij in overeenstemming is met het externe en interne subsidiariteitsbeginsel, niettemin resulteert in een onevenredig zware aantasting van het belang van de schuldenaar. Eenzelfde waarborg biedt de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid. Gebleken is dat dit verband tussen de redelijkheid en billijkheid en art. 6:87 lid 2 ook is gelegd in de wetsgeschiedenis: een beroep op art. 6:87 lid 1 jo art. 6:74 lid 1 kan niet alleen op art. 6:87 lid 2 afstuiten, maar kan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2). De schuldenaar kan de proportionaliteitstoetsing dus niet alleen op grond van art. 6:87 lid 2, maar ook op grond van art. 6:248 lid 2 invoeren. Op zichzelf genomen, zie ik geen bezwaar als de proportionaliteitstoetsing bij uitoefening

9 In hoeverre de remedie van ontbinding mogelijk is, is vanuit extern subsidiariteitsoogpunt niet van belang nu zij immers géén *minder vergaand* alternatief vormt voor de vervangende schadevergoeding

van de vervangende schadevergoeding plaatsvindt via de redelijkheid en billijkheid, zolang maar in het oog wordt gehouden dat als uitgangspunt geldt dat de vordering tot vervangende schadevergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, maar proportioneel is. Dit vanwege het feit dat dient te worden aangenomen dat een andere wijze van uitoefening of een minder vergaande (combinatie van) remedie(s) het te dienen belang niet evengoed heeft kunnen behartigen. Terecht geldt dus als hoofdregel dat wanneer aan de eisen van art. 6:74 jo art. 6:87 lid 1 is voldaan, de proportionaliteitstoetsing van art. 6:87 lid 2 resp. van art. 6:248 lid 2 slechts in zeldzame gevallen aan de vordering tot vervangende schadevergoeding in de weg staat.

10.3 Proportionaliteit van *aanvullende* schadevergoeding

De remedie van *aanvullende* schadevergoeding ziet op het vereffenen van het nadeel dat het gevolg c.q. het resultaat is van de tekortkoming. Daarmee wijkt het proportionaliteitsbeginsel inhoudelijk gezien (enigszins) af van de inhoud die het heeft bij de hoofdremedies. Zoals bekend, brengt het beginsel mee dat geen onevenredigheid mag bestaan tussen het met een remedie te dienen belang enerzijds en het met de remedie te schaden belang anderzijds. Omdat de aanvullende schadevergoedingsremedie, als gezegd, niet gericht is op het opheffen van de tekortkoming maar op de schade die daarvan het gevolg is, komt het proportionaliteitsbeginsel hier dus neer op de eis dat er geen onevenredigheid mag bestaan tussen de schade enerzijds en de nadelige gevolgen voor de schuldenaar van vergoeding hiervan anderzijds. Anders dan bij de hoofdremedies, koppelt het proportionaliteitsbeginsel voor de aanvullende schadevergoedingsremedie dus niet de tekortkoming aan de nadelige gevolgen van de remedie, doch legt het een verband tussen de schade en de nadelige gevolgen van de remedie. Het is evenwel de vraag of, en zo ja, in hoeverre de aanvullende schadevergoedingsremedie beheerst wordt door dit beginsel. Deze vraag zal thans worden onderzocht.

Het eerste lid van art. 6:74 brengt mee dat alle schade die het gevolg is van de toerekenbare tekortkoming moet worden vergoed. Volgens deze bepaling verplicht immers iedere toerekenbare tekortkoming de schuldenaar om *de schade* die de schuldeiser daardoor lijdt, te vergoeden. Op grond van art. 6:74 lid 1 vindt derhalve géén toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel plaats: zodra de schuldeiser aannemelijk maakt dat de aanvullende schade het gevolg is van de toerekenbare tekortkoming kan hij hiervan vergoeding vorderen.¹⁰ Zoals reeds is aangestipt in hoofdstuk 7, § 3, kan

10 Het minimumvereiste is derhalve dat de schade niet moet zijn geleden als de (toerekenbare) tekortkoming niet zou hebben plaatsgevonden (*condicio sine qua non*). Hieruit volgt dat de schuldeiser door de vergoeding van de schade die als gevolg van de tekortkoming valt aan te merken, moet worden gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd als de verbintenissen (correct) zou zijn nagekomen. Dit wordt aangeduid als de vergoeding van het positief contractbelang. Door het c.s.q.n.-vereiste wordt derhalve vastgesteld welk nadeel voor (schade)vergoeding in aanmerking komt; met het proportionaliteitsbeginsel heeft dit niets van doen.

de gevorderde schade(vergoeding) evenwel beperkt worden door art. 6:98 en art. 6:109 lid 1.

Zo bepaalt art. 6:98 dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust (i.c. wanprestatie), dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Kort samengevat, komt deze bepaling dus erop neer dat de schuldeiser slechts die schade kan vorderen die in voldoende (causaal) verband staat tot de toerekenbare tekortkoming. Voor de schuldenaar betekent dit dat hij alleen die schade hoeft te vergoeden die in zodanig verband staat met zijn toerekenbare tekortkoming dat zij hem in redelijkheid als een gevolg van de tekortkoming kan worden toegerekend. Art. 6:98 voorkomt derhalve dat de omvang van de te vergoeden schade voor de schuldenaar onaanvaardbaar ver 'uitdijt'.¹¹ Daarmee beoogt deze bepaling ervoor te waken dat uitoefening van de schadevergoedingsremedie een onevenredig zware inbreuk vormt op het belang van de schuldenaar. De vraag van art. 6:98 naar het causaal verband tussen de (gevorderde) schade en de (toerekenbare) tekortkoming behelst dus in wezen een proportionaliteitstoetsing: zolang zij in een voldoende verband staat, zijn de nadelige gevolgen van de schadevergoedingsremedie in principe gerechtvaardigd (en kan de schade de schuldenaar dus worden toegerekend). Met andere woorden: indien de gevorderde aanvullende schadevergoeding de toets van art. 6:98 kan doorstaan, dan is zij proportioneel. Althans in beginsel. Want toekenning van volledige schadevergoeding kan op grond van art. 6:109 lid 1 nog door de rechter gematigd worden, indien zij in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Aldus blijkt dat de vergoeding van de schade die op grond van art. 6:98 in voldoende verband staat tot de tekortkoming en in zoverre proportioneel is, in haar geheel genomen toch nog tot 'kenmerklijk onaanvaardbare gevolgen' voor de schuldenaar kan leiden. Om te voorkomen dat de schadevergoedingsremedie voor de schuldenaar alsnog disproportioneel uitpakt, kent art. 6:109 lid 1 de rechter dus een matigingsbevoegdheid toe. Dat de remedie van aanvullende schadevergoeding beheerst wordt door het proportionaliteitsbeginsel, volgt derhalve niet alleen uit art. 6:98, maar evenzeer uit het eerste lid van art. 6:109.¹²

Deze constatering roept de vraag op naar de verhouding tussen beide bepalingen. Is de matigingsbevoegdheid nog wel nodig als een proportionaliteitstoetsing reeds

11 Vgl. Hijma 2002, p. 81 waar hij schrijft dat art. 6:98 het geschikte kader biedt om de omvang van de schadevergoedingsverplichting 'tot een rechtens passende maat terug te snijden'.

12 Vgl. ook Handelingen II (2846), Parl. Gesch. Boek 6, p. 421 waar wordt opgemerkt dat een van de gronden waarom men matigingsrecht wil, de onevenredigheid is, die er kan zijn tussen de draagkracht van de dader (de tekortschietende schuldenaar) en het belang van de benadeelde (de teleurgestelde schuldeiser) die niet zo zwaar getroffen wordt wanneer hij niet volledige schadevergoeding krijgt, als de dader, die men het volle pond zou laten betalen. Vgl. ook Schelhaas 2004, p. 85 en p. 100 alwaar zij (terecht) schrijft dat de rechterlijke matigingsbevoegdheid op contractuele boetes ex art. 6:94 een toepassing is van het proportionaliteitsbeginsel.

wordt gemaakt in het kader van de causaliteit?¹³ Gesteld kan worden dat het verdelen van het proportionaliteitsbeginsel over twee wetsartikelen slechts zin heeft, indien de bepalingen ertoe leiden dat verschillende elementen of omstandigheden worden betrokken in de proportionaliteitstoetsing. Hoewel door een aantal schrijvers erkend wordt dat de grens tussen de leerstukken matiging en causaliteit 'mistig' is,¹⁴ wordt anderzijds, als ik het goed zie, algemeen aangenomen dat (de proportionaliteitsafweging van) art. 6:98 alleen betrekking heeft op de typen, de soorten of de elementen van schade(posten), terwijl (de proportionaliteitsafweging van) art. 6:109 lid 1 gereserveerd blijft voor de totale schadeomvang in een concreet geval.¹⁵

Met de vaststelling dat de aanvullende schadevergoedingsremedie beheerst wordt door het proportionaliteitsbeginsel, is evenwel nog niet gezegd *in welke mate* dit beginsel aan de uitoefening van deze remedie in de weg kan staan. Bij ontbinding en vervangende schadevergoeding bleek het proportionaliteitsbeginsel de functie te vervullen van een 'vangnet' en slechts te waken tegen uitzonderlijke gevallen waarin uitoefening van de remedie leidt tot 'aperte' onevenredigheid. Voor aanvullende schadevergoeding geldt ten aanzien van de mate waarin zij onder invloed van het proportionaliteitsbeginsel staat, hetzelfde. Zowel bij de causaliteitsafweging van art. 6:98, als ook op grond van de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 lid 1, leidt de proportionaliteitstoetsing namelijk slechts in uitzonderlijke gevallen tot beperking van de omvang van de te vorderen aanvullende schadevergoeding.

Bezien wij de afweging van art. 6:98 dan kan ten eerste worden geconstateerd dat daarbij vele factoren een rol spelen.¹⁶ Uit de bepaling zelf volgt reeds dat voor de vraag of de schade in een voldoende verband tot de wanprestatie staat, moet worden gelet op de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. Bij de aard van de aansprakelijkheid valt in de eerste plaats te denken aan het onderscheid tussen wanprestatie en onrechtmatige daad.¹⁷ Uit de schaarse literatuur en rechtspraak blijkt dat art. 6:98 bij wanprestatie nauwelijks problemen oproept.¹⁸ Kennelijk staat de schade dus al snel in een voldoende verband als het gaat om de aansprakelijkheid op grond van art. 6:74 lid 1. Verder valt bij de factor van de aard van de aansprakelijkheid te denken aan het onderscheid tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid. Voor de wanprestatie gaat het dan om het verschil tussen een tekortkoming die aan de schuld van de schuldenaar is te wijten en een tekortkoming die krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6:75). Daarnaast

13 Ontkennend. Schoordijk 1984, p. 716.

14 Zie o.a. Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief) 2003, nr. 259; Krans 1999, p. 331

15 Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief) 2003, nr. 259, Maeijer 1985, p. 731. Evenzo maken de volgende schrijvers onderscheid tussen de toetsing van art. 6:98 en die van art. 6:109 lid 1: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 432 en 499; Schut 1978, p. 392

16 Vgl. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 433 waar terecht wordt opgemerkt dat bij de vraag of de schade in voldoende verband staat tot de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (de proportionaliteits- toetsing, *MMS*), gelet moet worden op alle omstandigheden van het geval.

17 In plaats van velen Asser-Hartkamp I 2004, nr. 433.

18 Evenzo Krans 1999, p. 123; Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 36; Van Schellen 1985, p. 126-127; Olthof 1988, p. 37.

kan worden gedacht aan de situatie waarin de wanprestatie door de schuldenaar zelf is veroorzaakt en de wanprestatie die door hem ingeschakelde hulppersonen is gepleegd (art. 6:76) dan wel die het gevolg is van een door hem gebruikte hulpzaak (art. 6:77). De gedachte achter deze afwegingsfactor is dus dat als de schuldenaar van de tekortkoming geen (persoonlijk) verwijt valt te maken, de omvang van de (aanvullende) schade sneller voor beperking in aanmerking komt. 'Vertaald' naar het proportionaliteitsbeginsel betekent dit dat de vergoedingsremedie in dat geval sneller een onevenredige inbreuk maakt op het belang van de tekortschietende schuldenaar.

Ten aanzien van de afwegingsfactor bestaande uit de aard van de schade wordt algemeen de onderscheiding genoemd tussen letsel- en overlijdensschade, zaakschade en zuivere vermogensschade. Aangenomen wordt dat schade door dood of verwonding eerder dient te worden toegerekend dan zaakschade, zaakschade eerder dan schade die bestaat in extra kosten en uitgaven, en schade door vermogensverlies eerder dan derving van winst.¹⁹ Deze onderverdeling in schadesoorten (met bijbehorende vuistregels) is evenwel toegespitst op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Want hoewel letsel- of overlijdensschade (ook) het gevolg kan zijn van wanprestatie, zal het echter veelal om vermogensschade gaan, bestaande uit verdragingschade en/of bijkomende schade.²⁰ Het gaat hier echter niet aan, zo komt mij voor, om te stellen dat gelet op het feit dat het vermogensschade betreft, vergoeding hiervan minder snel gerechtvaardigd is. Integendeel. Verdragingschade en bijkomende schade zijn veeleer aan te merken als de 'typische' gevolgen van de wanprestatie.²¹ Het gezichtspunt betreffende de aard van de schade is bij wanprestatie dan ook van meer belang wanneer onderscheiden wordt tussen déze schadeposten. Zo zou bij art. 6:98 als vuistregel kunnen worden gehanteerd dat de bijkomende schade sneller in een verwijderd verband kan staan dan de verdragingschade, zodat de vergoeding van alle bijkomende schade eerder disproportioneel zou kunnen zijn.²²

Maar ook andere factoren kunnen een rol spelen. Zo is voor de toetsing van art. 6:98 bij wanprestatie van groot belang in hoeverre de schade voorzienbaar was.²³ Gesteld kan immers worden dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst nadenken over de toekomst, zodat verwacht kan worden dat zij de voorzienbare risico's onderkennen. In beginsel kan dan ook worden aangenomen dat een voldoende verband

19 Zie met nadere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie Schadevergoeding (Boonekamp), art 98, aant. 30.

20 Evenzo: Krans 1999, p 133

21 Vgl. Krans 1999, p 133

22 Evenzo: Krans 1999, p 48-49 en 142-144 die daartoe onderscheid maakt tussen een prestatienorm, die ziet op de verplichting om de afgesproken prestatie te leveren, en een protectienorm, die de verplichting betreft om de wederpartij geen schade in zijn overige vermogen of persoon te berokkenen. De schade die het gevolg is van schending van een protectienorm (bijkomende schade) komt in zijn visie dan sneller voor vermindering in aanmerking dan de schade die het gevolg is van het schenden van een prestatienorm (vervangingsschade en verdragingschade)

23 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 435-435a, Schadevergoeding (Boonekamp), art 98, aant 31 en aant 36; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief) 2003, nr 217, Krans 1999, p 136; Hesselink 1999, p 316 Vgl. verder Smits 2000, p. 135-136. Ook in MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p 345 wordt de voorzienbaarheid (meer in het algemeen) genoemd als relevant gezichtspunt

bestaat als de schade voorzienbaar was als gevolg van de (toerekenbare) tekortkoming. Vergoeding van voorzienbare schade is dus in de regel proportioneel. Echter, als de door de wanprestatie veroorzaakte schade buiten de lijn der normale verwachtingen ligt en daarmee niet voorzienbaar was, wil dit niet persé zeggen dat zij nimmer voor vergoeding in aanmerking komt. De voorzienbaarheid is bij de bepaling van de schadeomvang dus niet het enige en allesbeheersende criterium.²⁴ Als bijvoorbeeld de aard van de schade voor ruime toerekening pleit, zoals wanneer het gaat om letselschade of vertragingsschade, of als er sprake is van opzettelijke wanprestatie (aard van de aansprakelijkheid/schuldgraad) dan ligt het voor de hand dat vergoeding van de niet-voorzienbare schade (eerder) proportioneel is.²⁵ In het algemeen geldt dat hoe nauwer de band is met de overeenkomst, hoe sneller voorzienbaar en hoe eerder de schade voor vergoeding in aanmerking komt.²⁶

Het antwoord op de vraag wanneer de gevorderde schade de toetsing van art. 6:98 kan doorstaan, is dus sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zodat een scherp omlind antwoord op de vraag wanneer de proportionaliteitsbeginsel van invloed is, niet valt te geven. Anderzijds kan wel worden opgemerkt dat als uitgangspunt geldt dat de schade die door een toerekenbare tekortkoming wordt geleden, in principe voor (volledige) vergoeding in aanmerking komt.²⁷ Dit betekent derhalve dat verondersteld wordt dat tussen de aanvullende schade en de wanprestatie doorgaans een zodanig verband bestaat dat zij aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Uitoefening van de remedie van aanvullende schadevergoeding wordt daarmee dus doorgaans proportioneel geacht. De (proportionaliteits)toetsing van art. 6:98 zal de schadevergoedingsremedie dus slechts in bijzondere gevallen kunnen beperken.

Dezelfde geringe ruimte is op grond van art. 6:109 lid 1 voor het proportionaliteitsbeginsel opengelaten. Zoals hiervoor al is weergegeven, is volgens deze bepaling matiging van de gevorderde schadevergoeding slechts mogelijk als zij tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.²⁸ Bij deze afweging moeten (eveneens) alle

24 Vgl. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 435a; Krans 1999, p. 137; Olthof 1995, p. 91-94, Van Schellen 1985, p. 127-128; Olthof 1988, p. 41; Schut 1978, p. 396-397. Van Bijnen 2005, p. 260-263 bepleit evenwel een terugkeer naar de adequatietheorie. alleen vergoeding van die schade die ten tijde van het sluiten van het contract voor de schuldenaar voorzienbaar was, komt z.i. voor vergoeding in aanmerking.

25 Aldus uitdrukkelijk Krans 1999, p. 137. Brunner heeft overigens aan de hand van de jurisprudentie deelregels opgesteld die houvast kunnen bieden ter bepaling van de relatieve betekenis die aan de verschillende factoren moet worden gehecht: Brunner 1981, p. 210 e.v.

26 Krans 1999, p. 43.

27 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 415; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief) 2003, nr. 196; Abas 2006, nr. 3; Krans 1999, p. 44 en 142; Maeijer 1985, p. 727; Schut 1978, p. 400. Vgl. ook Handelingen II (2846), Parl. Gesch. Boek 6, p. 433. Het feit dat de schuldenaar dient aan te voeren dat de schade hem naar redelijkheid niet valt toe te rekenen, is in overeenstemming met dit uitgangspunt, vgl. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 436f.

28 Mocht sprake zijn van kennelijke onaanvaardbaarheid, dan mag de rechter op grond van het tweede lid van art. 6:109 echter niet tot een lager bedrag matigen dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt.

omstandigheden worden meegewogen die aan de zijde van beide partijen bestaan.²⁹ Als voorbeelden van relevante gezichtspunten worden in art. 6:109 lid 1 genoemd de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht.³⁰ Net als bij art. 6:98, valt ook hier dus niet nauwkeurig aan te geven in welke gevallen het proportionaliteitsbeginsel de schadevergoedingsremedie limiteert.³¹ Wel kan meer in het algemeen worden geconstateerd dat bij de toepassing van art. 6:109 lid 1 evenzeer geldt dat de als gevolg van de wanprestatie geleden schade in beginsel volledig vergoed moet worden.³² Dat het proportionaliteitsbeginsel hier slechts in uitzonderlijke gevallen de schadevergoedingsremedie beperkt, blijkt tevens uit de gebezigde formulering, 'kennelijk onaanvaardbare gevolgen'.³³ Vanuit proportionaliteitsoogpunt betekent dit dat de rechter alleen kan overgaan tot matiging wanneer de schadevergoeding(sremedie) leidt tot een kennelijk onevenredig zware aantasting van het belang van de schuldenaar. Bij het gebruik van de matigingsbevoegdheid moet de rechter dan ook terughoudendheid betrachten.³⁴ Dat de proportionaliteitstoetsing van art. 6:109 lid 1 met name bij wanprestatie zeer zelden aan (volledige) schadevergoeding in de weg kan staan, volgt ook uit de parlementaire geschiedenis. Zo is daarin overwogen dat matiging in het algemeen niet snel zal kunnen plaatsvinden als schadevergoeding verschuldigd is wegens het niet nakomen van een verplichting die de schuldenaar vrijwillig op zich genomen heeft.³⁵ Een uitzondering kan zich voordoen, aldus nog steeds de toelichting, wanneer de schade is ontstaan bij belangeloze dienstverlening of bij kosteloos meerijden.³⁶ Als de onderliggende rechtsverhouding een vrijwillig karakter kent, is matiging in de zienswijze van de wetgever dus kennelijk eerder gerechtvaardigd. Ik wil er niettemin de nadruk op leggen dat voor het proportionaliteitsbeginsel van art. 6:109 lid 1 zeer weinig ruimte bestaat. Dit volgt niet alleen uit (de toelichting op) de bepaling zelf, maar wordt ook duidelijk

29 VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 441; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 450; MO, Parl. Gesch. Boek 6, p. 453.

30 Zie nader over de betekenis van deze en andere relevante gezichtspunten bij de schadevergoeding wegens wanprestatie: Krans 1999, p. 332-339. Zie meer in het algemeen over de relevante afwegingsfactoren bij de toepassing van art. 6:109 lid 1: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 495-499; Schadevergoeding (Deurvorst), art. 109, aant. 54-79; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief) 2003, nr. 260.

31 Vgl. VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 442 waar wordt overwogen dat matigen bij uitstek een bezigheid is waarbij in concreto moet worden beslist of de omvang van de aansprakelijkheid voor deze schuldenaar en deze schuldeiser in deze omstandigheden wel billijk is.

32 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 492; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief) 2003, nr. 259; Krans 1999, p. 333. Vgl. ook Handelingen II (2846), Parl. Gesch. Boek 6, p. 419 waar door Meijers is opgemerkt dat de schade die bij niet-uitvoering van de overeenkomst volgens de natuur van het contract als normaal te beschouwen is, in ieder geval moet worden betaald.

33 Schadevergoeding (Deurvorst), art. 109, aant. 7; Krans 1999, p. 331.

34 Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 449 en p. 451; Asser-Hartkamp I 2004, nr. 494; Schadevergoeding (Deurvorst), art. 98, aant. 7 en aant. 41; Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief) 2003, nr. 260. En zie: HR 28 mei 1999, NJ 1999, 510 waarin de rechter uitdrukkelijk tot terughoudendheid bij het hanteren van de matigingsbevoegdheid wordt gemaand.

35 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 450.

36 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 449.

wanneer bedacht wordt dat bij de toepassing van art. 6:109 lid 1 geldt dat de gevorderde schade volgens art. 6:98 reeds proportioneel is geoordeeld. Slechts in (zeer) bijzondere gevallen zal een uitzondering hierop gerechtvaardigd zijn.³⁷ In de praktijk blijkt dat de rechterlijke matiging zelden wordt toegepast.

Geconcludeerd kan dus worden dat uitoefening van de aanvullende schadevergoedingsremedie doorgaans proportioneel is; het proportionaliteitsbeginsel speelt via art. 6:98 en/of art. 6:109 lid 1 slechts een zeer bescheiden rol. Wanneer men zich realiseert dat het gevolg van het aannemen van disproportionaliteit is dat de schuldeiser met de schade blijft zitten, die bovendien veroorzaakt is door een tekortkoming die aan de schuldenaar te (ver)wijten is althans voor zijn rekening dient te komen, wordt duidelijk dat het geschonden belang van de schuldeiser in het leeuwendeel van de gevallen zal opwegen tegen de nadelige gevolgen van de vergoedingsremedie. Het vorderen van (volledige) schadevergoeding is dus doorgaans gerechtvaardigd.

Nu zou gesteld kunnen worden dat ook de vervangende schadevergoedingsremedie beheerst wordt door art. 6:98 en art. 6:109 lid 1. Hoewel dit op grond van het wettelijk stelsel strikt genomen het geval is, meen ik dat hieraan gelet op art. 6:87 lid 2 geen behoefte bestaat. Als gezien, impliceert art. 6:87 lid 2 dat er geen onevenredigheid mag bestaan tussen de tekortkoming en de nadelige gevolgen van de vervangende schadevergoeding. Deze proportionaliteitstoetsing is geheel toegespitst op de vervangende schadevergoeding, nu zij immers tot doel heeft het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming op te heffen. Door art. 6:87 lid 2 wordt derhalve voorkomen dat uitoefening van de vervangende schadevergoedingsremedie leidt tot een onevenredig zware aantasting van het belang van de schuldenaar. Zodra de gevorderde vervangende schadevergoeding art. 6:87 lid 2 kan doorstaan, staat derhalve vast dat zij niet tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen leidt. Matiging op grond van art. 6:109 lid 1 lijkt mij dan niet (meer) mogelijk. Wat betreft de toetsing van art. 6:98 kan bovendien worden opgemerkt dat zij in wezen helemaal niet is afgestemd op de vervangende schadevergoedingsremedie. Zo ligt het antwoord op de vraag of de vervangingsschade (de waarde van de niet of ondeugdelijk verrichte prestatie) in voldoende verband staat tot de tekortkoming (de niet of ondeugdelijk verrichte prestatie) zozeer voor de hand, dat een beperking op grond van dit artikel niet eenvoudig is voor te stellen. De causaliteitseis van art. 6:98 is immers alleen zinvol als de schade ziet op nadeel dat een *gevolg* is van de tekortkoming (aanvullende schade), maar niet voor nadeel dat bestaat uit de tekortkoming (vervangingsschade).

Wat hiervan verder ook zij, de algemene conclusie van dit hoofdstuk is dat de proportionaliteitstoetsing de remedies van aanvullende en vervangende schadevergoeding slechts in zeer beperkte mate beheerst. Het proportionaliteitsbeginsel valt daarmee te karakteriseren als een 'vangnet' dat bij beide remedies ertoe dient te voorkomen dat uitoefening leidt tot excessen, ofwel zeldzame gevallen van 'flagrante' disproportionaliteit. Als uitgangspunt geldt kortom dat in geval van wanprestatie het vorderen van vervangende en aanvullende schadevergoeding proportioneel en dus gerechtvaardigd is.

37 Volgens Abas 2006, nr. 21 kan de matiging dan ook slechts werkelijk vaste voet krijgen als de causaliteit iets aan betekenis gaat inboeten.

11.1 Inleiding

De remedie van nakoming neemt in het arsenaal van remedies een belangrijke plaats in. Aan de hand van de externe subsidiariteitsanalyse is immers gebleken dat de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding doorgaans subsidiair zijn aan de nakoming.¹ Ondanks dit primaire, belangrijke, karakter van nakoming ontbreekt in boek 6 BW een wettelijke bepaling waarin deze remedie aan de schuldeiser wordt toegekend. Dat dit achterwege is gelaten, heeft te maken met het feit dat het recht op nakoming reeds besloten ligt in de op de schuldenaar rustende verbintenis.² Anders dan de (subsidiaire) remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding, vloeit nakoming dus rechtstreeks voort uit de verbintenis. Het feit dat de schuldeiser reeds mét het ontstaan van de verbintenis een recht op nakoming toekomt, brengt noodzakelijkerwijs mee dat hij óók ingeval van een tekortkoming (krachtens de verbintenis) nakoming kan vorderen. De wetgever heeft dit kennelijk dermate voor de hand liggend geacht dat hij heeft nagelaten de remedie van nakoming in het algemene verbintenisrecht op te nemen.³

Kortom, als de verbintenis niet (behoorlijk) wordt nagekomen, heeft de schuldeiser op grond van de verbintenis recht op (algehele, correcte) nakoming. Hiervoor heb ik in dit verband gesproken van een 'principeel', want op de verbintenis gebaseerd, recht op nakoming. De interne subsidiariteitsanalyse in hoofdstuk 8 heeft duidelijk gemaakt dat de schuldeiser bij de uitoefening van dit principiële recht op nakoming geen volledige vrijheid geniet. Zo is daar gebleken dat als de schuldenaar, ter afwering van de gevorderde nakoming, zich beroept op de voor hem minst belastende wijze van nakoming waardoor de tekortkoming evenzeer wordt vereffend, de schuldeiser op deze minder vergaande nakomingsvorm is aangewezen. Daarmee is evenwel nog niet komen vast te staan wat geldt als de interne subsidiariteitstoetsing geen problemen oplevert, maar de nadelige gevolgen van nakoming voor de schuldenaar niettemin onevenredig groot zijn. De vraag of en, zo ja, in hoeverre uitoefening van de nakomingsremedie alsnog kan afketsen op het proportionaliteitsbeginsel komt in dit hoofdstuk aan de orde. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat het hier, net als in

¹ Zie hoofdstuk 3 resp. hoofdstuk 4.

² Asser/Hartkamp I 2004, nr. 356 en nr. 639; Asser/Hijma I 2001, nr. 373; Smits 2004, p. 18; Vermogensrecht (Jongbloed), art. 296 aant. 3; Van Nispen 2003, nr. 6 en 12; Veldman 2001, p. 727; De Vries 2000, p. 34 en dezelfde 1997, p. 3; Hesselink 1999, p. 304 en p. 309.

³ Vgl. De Vries 2000, p. 28 en dezelfde 1997, p. 3; Hesselink 1999, p. 304.

de voorgaande twee hoofdstukken, gaat om de vraag naar de invloed van het proportionaliteitsbeginsel 'in strikte zin'; proportionaliteitsoverwegingen die zijn terug te voeren op het interne subsidiariteitsbeginsel zijn – als gezegd – in hoofdstuk 8 reeds behandeld en kunnen daarom onbesproken blijven.

11.2 Absolute en relatieve onmogelijkheid van nakoming

Hoewel het recht op nakoming een wezenlijk karakter kent, in die zin dat het de schuldeiser reeds krachtens de verbintenis toekomt, geldt ook hiervoor dat het 'slechts' een uitgangspunt, een hoofdregel, betreft. Zo is de schuldeiser in de uitoefening van dit recht niet geheel vrij. De uitzonderingen die zich kunnen voordoen op het recht op nakoming worden in de doctrine doorgaans besproken in het kader van art. 3:296 lid 1, dat aan de schuldeiser het (processuele) recht toekent om aan de rechter een veroordeling tot nakoming te vragen. Gelet op het feit dat een wettelijke bepaling voor de (materiële) nakomingsremedie ontbreekt, is dit niet verwonderlijk. Art. 3:296 lid 1 bepaalt dat hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, wordt veroordeeld, 'tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt'. De tenzij-formulering laat uitkomen dat de rechter bij wijze van uitgangspunt gehouden is de tekortschietende schuldenaar tot nakoming te veroordelen.⁴ In overeenstemming met het materiële, op de verbintenis rustende, recht op nakoming, heeft de schuldeiser volgens deze bepaling dus evenzeer recht op een nakomingsveroordeling.⁵ Slechts in uitzonderlijke gevallen kan de wet,⁶ de aard der verplichting⁷ of de rechtshandeling⁸ aan de veroordeling in de weg staan. Vanuit proportionaliteitsoogpunt is van belang dat, hoewel dit – vreemd genoeg – in de tenzij-formule niet wordt vermeld,

4 TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 895; Asser-Hartkamp I 2004, nr. 639; Asser-Hijma 2001, nr. 374; Veldman 2001, p. 728; De Vries 2000, p. 43; Vermogensrecht (Jongbloed), art. 296, aant. 5; Schoordijk 1986, p. 407.

5 Overigens doet de schuldeiser er verstandig aan om alvorens tot dagvaarding over te gaan eerst duidelijk de onwil van de schuldenaar tot presteren vast te stellen door hem bijvoorbeeld schriftelijk tot nakoming te sommeren. Anders loopt hij het gevaar dat de schuldenaar zich op de dagvaarding (onvoorwaardelijk) tot nakoming bereid verklaart en de rechter dan, ook bij toewijzing van de nakomingsvordering, de proceskosten krachtens art. 237 Rv als nodeloos gemaakt voor rekening van de (schuld)eiser laat.

6 Zo staat bijvoorbeeld art. 6:3 lid 1 in de weg aan een veroordeling tot nakoming van een natuurlijke verbintenis.

7 In MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 896 wordt in dit verband als voorbeeld genoemd de auteur die jegens de uitgever tekortschiet in zijn verplichting tot het schrijven van een bepaald werk. Gelet op de (persoonlijke) aard van deze verplichting kan hiervan dus geen nakoming worden afgedwongen.

8 Zo kunnen partijen bijvoorbeeld afspreken dat ten aanzien van een bepaalde verplichting in rechte geen nakoming kan worden gevorderd. Daarbij moet overigens wel worden aangetekend dat bijzondere bepalingen hieraan in de weg kunnen staan, zoals bijvoorbeeld art. 6:236 onder a (een beding in algemene voorwaarden waarbij de consument geheel en onvoorwaardelijk het recht tot nakoming wordt ontnomen wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt) en art. 7:6 (bij een consumentenkoop kan het recht van de koper op nakoming niet worden beperkt of uitgesloten).

algemeen geldt dat óók de situatie dat nakoming (blijvend) onmogelijk is, een uitzondering vormt op de rechterlijke gehoudenheid om de schuldenaar tot nakoming te veroordelen.⁹ Deze uitzondering doet zich voor wanneer nakoming in absoluut opzicht dan wel in relatief opzicht onmogelijk is.¹⁰

Dat de veroordeling tot nakoming niet kan worden uitgesproken wanneer nakoming in absolute zin onmogelijk is, spreekt welhaast vanzelf. Een voorbeeld hiervan betreft de unieke Chinese vaas die vlak voor de levering in duizend scherven is gevallen. Nu de schuldenaar in dat geval feitelijk gezien, werkelijk, niet in staat is om de prestatie te verrichten, behoort hij hiertoe ook niet door de rechter te worden veroordeeld. Met (de belangenafweging van) het proportionaliteitsbeginsel heeft deze belemmering van de nakoming evenwel niets van doen; zij wordt immers geheel bepaald door een zuiver feitelijke beoordeling van wat mogelijk is.¹¹

Bij de relatieve onmogelijkheid is nakoming absoluut gezien weliswaar mogelijk, maar moet zij als onmogelijk worden aangemerkt wanneer het belang van de schuldeiser dan wel dat van de schuldenaar dit meebrengt. Zo staat het belang van de *schuldeiser* aan de nakoming in de weg, als dit niet, althans niet afdoende, door de nakoming kan worden gediend. Daarbij valt te denken aan de niet op de huwelijksdag afgeleverde bruidstaart; het alsnog bakken en afleveren van de taart op de dag ná het huwelijk zal voor de schuldeiser van (vrijwel) geen waarde meer zijn, zodat nakoming als onmogelijk moet worden aangemerkt. Bedacht moet evenwel worden dat als de

9 Asser-Hartkamp I 2004, nrs. 348-349 en 639; Tjong Tjin Tai 2004, p. 364-365; Asser-Hijma 2001, nr. 374; Smits 2004, p. 18 e.v., Veldman 2001, p. 728; De Vries 2000, p. 43-45, dezelfde 1997, p. 27; Vermogensrecht, art. 296 (Jongbloed), aant. 5 en vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 262 en TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 264 en p. 485. Overigens staat het feit dat het voor de schuldenaar persoonlijk onmogelijk is om na te komen, in sommige gevallen toch niet aan een veroordeling in de weg. Dit is het geval als de schuldeiser zich na verkrijging van het veroordelende vonnis buiten de schuldenaar het hem verschuldigde kan verschaffen (vgl. 6:79). Voorts verdient opmerking dat de omstandigheid dat nakoming *tijdelijk* onmogelijk is, (anders dan blijvende onmogelijkheid) nimmer in de weg staat aan een veroordeling tot nakoming. Deze wordt echter slechts uitgesproken onder de bepaling dat de tijdelijke onmogelijkheid zal zijn opgeheven: vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 262 en TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 485; Asser-Hartkamp I 2004, nr. 349; Asser-Hijma 2001, algemeen (De Jong) 2004, nr. 136; De Vries 1997, p. 28; Smits 2004, p. 25.

10 De uitzondering bestaande uit de onmogelijkheid van nakoming valt op verschillende manieren in de wet in te passen. Zo kan de onmogelijkheid van nakoming (i) worden aangemerkt als een afzonderlijke, ongeschreven uitzondering bij de toepassing van art. 3:296; dan wel (ii) kan zij in de tenzij-formule van art. 3:296 onder de categorie 'wet', meer in het bijzonder als toepassing van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2/248), worden ondergebracht, of (iii) kan ingeval van onmogelijkheid art. 3:303 worden toegepast: als nakoming onmogelijk is, mist de schuldeiser voldoende belang bij een daartoe veroordelend vonnis. Vgl. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 639; Asser-Hijma 2001, nr. 374; De Vries 2000, p. 43-45; Vermogensrecht, art. 296 (Jongbloed), aant. 5 en 6.

11 Overigens wordt in MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 262 opgemerkt dat de rechter het verweer van de schuldenaar dat nakoming op feitelijke gronden is uitgesloten, niet gemakkelijk zal behoeven te aanvaarden. Stelt de schuldeiser prijs op nakoming en is de schuldenaar niet in staat op korte termijn duidelijk te maken dat zulks op feitelijke gronden onmogelijk is, dan zal, zo valt t.a.p. te lezen, het vaak redelijk zijn de schuldeiser in de gelegenheid te stellen door middel van de in de artikelen 3:11.2 e.v. gegeven mogelijkheid van reële executie (thans art. 3:297 e.v., *MMS*) te trachten de hem verschuldigde prestatie alsnog te achterhalen.

schuldeiser meent dat nakoming zijn belang niet, of niet genoegzaam kan dienen, hij (uiteraard) ook niet zal overgaan tot het vorderen van een nakomingsveroordeling ex art. 3:296 lid 1. Dit betekent dat de vraag of deze vorm van relatieve onmogelijkheid zich voordoet slechts van belang is bij de vraag of de schuldeiser terstond kan overgaan tot uitoefening van de (subsidiare) remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding.¹² Voor de vraag of de schuldeiser bij het vorderen van nakoming gebonden is aan het proportionaliteitsbeginsel speelt deze relatieve onmogelijkheid dus geen rol, zodat zij hier verder buiten beschouwing kan blijven.

Wél van groot belang voor dit hoofdstuk is de vorm van relatieve onmogelijkheid die eruit bestaat dat het belang van de *schuldenaar* zich tegen nakoming verzet. Hiervan is sprake als het verrichten van de prestatie in redelijkheid niet van de schuldenaar kan worden gevergd wegens de onevenredig grote offers die dit voor hem meebrengt.¹³ Daarmee zijn we aanbeland bij het proportionaliteitsbeginsel dat immers vergt dat geen onevenredigheid mag bestaan tussen het met een remedie te dienen belang (het wegnemen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming) en het daardoor te schaden belang van de schuldenaar.¹⁴ Het oordeel over deze relatieve onmogelijkheid impliceert derhalve dat getoetst wordt aan het proportionaliteitsbeginsel.

In de literatuur worden drie subcategorieën onderscheiden waarin nakoming onmogelijk is wegens de onevenredig grote offers die zij vergt van de schuldenaar.¹⁵ Zo is er sprake van *praktische* onmogelijkheid als bijvoorbeeld het individueel bepaalde voorwerp niet verwoest is, maar verloren is geraakt of aan een derde is overgedragen.¹⁶ Ook worden wel genoemd de gevallen waarin de schuldenaar die de prestatie persoonlijk moet verrichten (bijvoorbeeld een operazangeres) ziek is of waarin de

12 Zie uitvoerig hierover hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4.

13 Zie onder meer: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 321, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 135, Smits 2004, p. 21; De Vries 2000, p. 43 en dezelfde 1997, p. 31-32, Verbintenissenrecht, art. 74 (Broekema-Engelen), aant. 27. Vgl. ook MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 275; TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 264 en p. 485. Dat een dergelijke (proportionaliteits)afweging plaatsvindt binnen het begrip 'blijvende onmogelijkheid' heeft De Vries 2002, p. 19 e.v. terecht doen betogen dat het hier dus gaat om een 'open norm'.

14 Vgl. Loos 2004, nr. 28 die – terecht – opmerkt dat de uitsplitsing tussen theoretische (absolute) en praktische (relatieve) onmogelijkheid gezien kan worden als een uitvloeisel van de beginselen van proportionaliteit en evenredigheid.

15 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 316, alwaar de verschillende gevallen van relatieve onmogelijkheid ook wel worden aangeduid als 'juridische' onmogelijkheid, Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004, nr. 135, Smits 2004, p. 22-24; De Vries 2000, p. 43-44 en dezelfde 1997, p. 32-33 en Verbintenissenrecht, art. 74 (Broekema-Engelen), aant. 27 2 1/m 27.4.

16 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 316 e.v. en nr. 321 en zie voor rechtspraak onder meer HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 641 (Budde/Toa Moa Cruising Limited); HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 719 m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings), HR 21 mei 1976, *NJ* 1977, 73 m.nt. GJS (Oosterhuis/Unigro); HR 9 mei 1969, *NJ* 1969, 338 m.nt. HD (Van der Pol c.s./De Jong). Voor een overzicht van lagere rechtspraak met betrekking tot de praktische onmogelijkheid volsta ik hier met een verwijzing naar Verbintenissenrecht, art. 74 (Broekema-Engelen), aant. 27 2.

schuldenaar in financiële onmacht verkeert.¹⁷ Voorts zal nakoming gelet op het belang van de schuldenaar praktisch onmogelijk kunnen zijn als gevolg van bijvoorbeeld wegblokkades, natuurgeweld, stakingen van personeel, sabotage of brandstichting door derden. De tweede categorie waarin nakoming onevenredig grote offers van de schuldenaar vergt, bestaat uit de *wettelijke* onmogelijkheid en doet zich voor als de prestatie die de schuldenaar krachtens de verbintenis moet verrichten wordt verboden door een wetsvoorschrift of overheidsmaatregel.¹⁸ Daarbij kan worden gedacht aan vervoersverboden dan wel import- of exportverboden maar ook aan de afkondiging van een bouwstop. Tevens valt hieronder de situatie waarin nakoming van de schuldenaar niet kan worden gevergd wegens het ontbreken van een vereiste vergunning.¹⁹ Tot slot is sprake van strijd met het proportionaliteitsbeginsel bij *morele* onmogelijkheid van nakoming. Dit wordt aangenomen als nakoming een onmiddellijk en ernstig gevaar zou betekenen voor leven, vrijheid, gezondheid of eerbaarheid. Als voorbeelden kunnen worden genoemd het geval dat nakoming tot grote schade aan de eigendommen van de schuldenaar of derden zou leiden of de omstandigheid dat de verkoper door nakoming gevaar loopt op de zwarte lijst geplaatst te worden hetgeen hem feitelijk uit zijn bestaan zou stoten.²⁰ Evenzo kan de situatie van gewetensnood of noodtoestand morele onmogelijkheid van nakoming opleveren.²¹

De genoemde categorieën van onmogelijkheid zijn evenwel slechts illustratief. Hiermee bedoel ik dat zich gevallen (kunnen) voordoen die niet goed in één van deze categorieën gevangen kunnen worden, maar waarin nakoming evenzeer gelet op het belang van de schuldenaar onmogelijk (want disproportioneel) wordt geoordeeld.²²

17 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 358. Het geval waarin nakoming de schuldenaar in grote geldnood brengt of zelfs failliet doet gaan, zal overigens slechts in uitzonderlijke gevallen als onmogelijkheid worden aangemerkt. Veelal zullen zich, naast de financiële geldnood, bijkomende omstandigheden moeten voordoen: Smits 2004, p. 23.

18 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 316 en 337-338. Vgl. voor rechtspraak HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 m.nt. PhANH (Burgman/Aviolanda) en HR 2 september 2005, *JOL* 2005, 453. Terecht merkt Hartkamp op dat het bij de wettelijke onmogelijkheid in wezen neerkomt op een conflict van plichten: de plicht tot gehoorzaamheid aan de wet, het voorschrift enerzijds en de plicht tot nakoming van de verbintenis anderzijds, waarbij men de plicht tot naleving van de wet en het voorschrift zwaarder laat wegen. Aldus dringt zich hier een gelijkenis op met de afweging die in het strafrecht verricht wordt bij de vraag of sprake is van overmacht in de zin van art. 40 WvSr, zie: hoofdstuk 2.

19 Vgl. voor lagere rechtspraak het overzicht in Verbintenissenrecht, art. 74 (Broekema-Engelen), aant. 27.3.

20 Asser-Hartkamp I 2004, nr. 335.

21 Verbintenissenrecht, art. 74 (Broekema-Engelen), aant. 27.4 met nadere jurisprudentieverwijzingen.

22 Zo kan nakoming in een bijzonder geval bijvoorbeeld ook onmogelijk worden geoordeeld als de belangen van *derden* (en dus niet die van de schuldenaar) onevenredig zwaar door de nakoming worden geraakt, zie: HR 20 mei 1994, *NJ* 1995, 691 m.nt. CJHB (De negende van OMA). In zijn conclusie voor dit arrest vraagt A-G Hartkamp onder nr. 7 zich af of het mogelijk en nodig is om het geval waarin een dergelijke uitzondering op art. 3:296 wordt aanvaard nauwkeurig af te grenzen van de inhoud van de verbintenis. Wanneer bedacht wordt dat de afwijzing van de vordering tot nakoming i.c. gelegen is in het feit dat het daardoor te schaden belang (van derden) in verhouding tot het met de nakoming te dienen belang (van de schuldeiser) veel zwaarder dient te wegen, is het m.i. zuiverder en daarmee juist om het resultaat van deze (proportionaliteits)afweging expliciet als uitzondering op art. 3:296 te beschouwen, in plaats van deze kwestie te scharen onder de uitleg

Dat de proportionaliteitstoetsing 'meer in het algemeen' via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan worden verricht als de schuldenaar zich hierop beroept, en dus niet alleen wanneer het voorliggende geval in één van de genoemde categorieën van relatieve onmogelijkheid kan worden ondergebracht, volgt duidelijk uit het arrest inzake Multi Vastgoed/Nethou.²³ Hoewel dit arrest reeds uitvoerig is besproken in hoofdstuk 8, § 4, verdient het hier niettemin wederom bespreking; thans vanuit het perspectief van het proportionaliteitsbeginsel.

11.3 De maatstaven van redelijkheid en billijkheid: HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou)

In de zaak tussen Multi Vastgoed en Nethou ging het om een gebouw dat Multi Vastgoed in opdracht van Nethou had gerealiseerd, en waarvan de aluminium gevelbeplating door 'filiforme corrosie' (FFC) was aangetast. Nethou wenste volledige vervanging van de aangebrachte gevelbeplating. Voor zover hier van belang, heeft Multi Vastgoed zich tegen deze vordering verweerd met de stelling dat de gevorderde nakoming niet kan worden toegewezen omdat zij disproportioneel is in verhouding tot de ernst en de aard van de tekortkoming. Zo stelde Multi Vastgoed dat de corrosie (de tekortkoming) enkel een cosmetisch effect heeft, zij niet afdoet aan het representatieve karakter van het gebouw en de corrosie vanaf de openbare weg grotendeels niet zichtbaar, en voor zover zichtbaar, absoluut niet storend is, terwijl anderzijds met de gevorderde nakoming een bedrag van bijna 6 miljoen gulden is gemoeid. Daarmee beroept Multi Vastgoed zich dus op het proportionaliteitsbeginsel dat immers vergt dat er geen onevenredigheid bestaat tussen het met de nakoming te dienen belang (het wegnemen van de door FFC aangetaste gevelbeplating) en het daardoor te schaden belang van de schuldenaar (de kosten van 6 miljoen gulden).

Het hof heeft in reactie op dit proportionaliteitsverweer van Multi Vastgoed overwogen dat in het midden kan worden gelaten of de corrosie slechts cosmetisch

van de verbintenis en vervolgens te stellen dat de gevorderde nakoming moet worden afgewezen nu de verbintenis niet op de gevraagde prestatie ziet.

- 23 HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 Jansen 2004, p. 125 schrijft eveneens dat de Hoge Raad in dit arrest een proportionaliteitstoets heeft toegepast. Overigens wordt ook in de literatuur algemeen aangenomen dat de vordering tot nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, zie in plaats van velen Asser-Hartkamp I 2004, nr. 639. Opmerking verdient overigens dat de redelijkheid en billijkheid ook op grond van andere overwegingen dan die van het proportionaliteitsbeginsel aan de nakoming in de weg kunnen staan, zie recent bijvoorbeeld HR 26 september 2003, NJ 2004, 21 waarin een vordering tot nakoming van een optieovereenkomst die de zoon met zijn moeder had gesloten naar maatstaven redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is geoordeeld, nu dit onverenigbaar was met zowel het hem bekende streven van zijn moeder om haar drie kinderen gelijkelijk te bevoordelen, als haar bedoeling dat hij voor het beheer van het aandelenpakket een redelijke, door hem in overleg met de andere kinderen te bepalen, vergoeding zou ontvangen. De nakoming werd in dit geval dus onaanvaardbaar geoordeeld, omdat zij de voor de zoon kenbare bedoeling van de moeder geheel zou doorkruisen, hetgeen veelmeer lijkt terug te voeren op het vertrouwensbeginsel; met het proportionaliteitsbeginsel heeft het in ieder geval weinig van doen.

van aard is, of het representatieve karakter van het gebouw er al dan niet door wordt geschaad, en of de corrosie vanaf de openbare weg niet als storend wordt ervaren. Eén en ander doet naar het oordeel van het hof namelijk niet af aan de door Multi Vastgoed op zich genomen garantieverplichtingen. Volgens het hof levert het gebrek in het licht van de door Multi Vastgoed verstrekte garanties 'een substantiele tekortkoming' op. Ten aanzien van het met de nakoming gemoeide bedrag van 6 miljoen gulden overwoog het hof dat deze nadelige gevolgen van de vervanging van de gevelbeplating weliswaar aanzienlijk zijn, maar dat zij bezien tegen de achtergrond van het met de turnkeylevering gemoeide bedrag van ruim 157 miljoen gulden niet buitenproportioneel zijn.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat hij hoofdzakelijk is ingegaan op een ander door Multi Vastgoed gevoerd verweer, in welk kader het oordeel van het hof over de proportionaliteit van de gevraagde nakoming slechts zijdelings ter sprake komt. Voor een goed begrip van het oordeel van de Hoge Raad over de proportionaliteitstoetsing bij de nakoming, moet daarom tevens worden ingegaan op dat andere verweer van Multi Vastgoed. Naast het beroep op de disproportionaliteit van de nakoming, had Multi Vastgoed gesteld dat de gevorderde nakoming moest worden afgewezen, omdat zij aan Nethou een adequaat alternatief hiervoor had aangeboden. Zo had Multi Vastgoed voorgesteld om (in plaats van de vervanging van alle gevelpanelen) enkele in het oog springende gevelpanelen te vervangen en de overige panelen schoon te maken en te onderhouden op haar kosten, dit zou slechts een fractie kosten van de 6 miljoen gulden die met de algehele vervanging gemoeid zou zijn, terwijl het belang van Nethou hiermee afdoende zou zijn gediend. De Hoge Raad heeft dit aangeboden alternatief aangemerkt als een aanbod tot schadevergoeding. Na te hebben vooropgesteld dat niet bestreden is dat hier sprake is van een tekortkoming, overweegt hij vervolgens:

'In beginsel heeft de crediteur dan de keuze tussen nakoming, voor zover deze nog mogelijk is (dat wil hier zeggen het alsnog aanbrengen van een gevelbeplating zonder FFC) en schadevergoeding in enigerlei vorm (in dit geval heeft Multi Vastgoed aangeboden vervanging van enkele panelen en een aangepast gevelonderhoudsprogramma op haar kosten). De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij geboden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. Zulks komt bij voorbeeld tot uiting in art. 7:21 BW voor het geval een afgeleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt, alsmede in art. 7:12.8 Ontw. BW voor het geval van aanneming van werk, en er is geen grond uit deze bepalingen af te leiden dat een overeenkomstige regel bij andere gevallen van aflevering van een ondeugdelijke zaak niet behoort te worden gehanteerd.'

In concreto betekent dit, aldus nog steeds de Hoge Raad.

'dat in een geval als het onderhavige een afweging dient plaats te vinden van de belangen van de crediteur, Nethou, tegenover die van de debiteur, Multi Vastgoed, met het oog op enerzijds de door Nethou verlangde nakoming en anderzijds de door Multi Vastgoed aangeboden vorm van schadevergoeding.'

Volgens de Hoge Raad heeft het hof deze belangenafweging verricht en is het op grond daarvan tot het oordeel gekomen dat Nethou aanspraak kan maken op complete vervanging van de gevelbeplating. Ten aanzien van 's hofs oordeel dat geen sprake is van disproportionaliteit, heeft de Hoge Raad gesteld:

'Daarbij is het hof (...) kennelijk ervan uitgegaan dat de uitkomst van de belangenafweging niet anders is, indien aangenomen zou moeten worden dat – hetgeen het hof in rov. 9 in het midden heeft gelaten – het onderhavige gebrek (FFC) slechts cosmetisch van aard is, dat het representatieve karakter van het gebouw door FFC niet wordt geschaad en dat de corrosie vanaf de openbare weg niet als storend wordt ervaren. Door aldus te oordelen heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze belangenafweging is zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat zij in cassatie verder niet op haar juistheid kan worden getoetst.'

Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt derhalve dat bij de uitoefening van de nakomingsremedie op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid een belangenafweging kan plaatsvinden. Deze belangenafweging kan, indien de schuldenaar zich hierop beroept, een toetsing aan het externe subsidiariteitsbeginsel alsmede een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel omvatten. Over de externe subsidiariteitstoetsing van de nakoming kom ik in de volgende paragraaf te spreken.

Uit de laatstgeciteerde overweging blijkt dat de Hoge Raad zich heeft neergelegd bij de wijze waarop het hof heeft getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel.²⁴ Ik ben echter van mening dat de wijze waarop het hof de proportionaliteitsafweging heeft verricht – op z'n zachtst gezegd – te wensen overlaat.²⁵ Zo heeft het hof weliswaar de nadelige gevolgen van de gevorderde nakoming, 6 miljoen gulden aan kosten, onder ogen gezien, maar heeft het nagelaten om dit af te wegen tegen de aard en ernst van de tekortkoming (de corrosie). Daardoor is dus niet op een juiste wijze getoetst aan het proportionaliteitsbeginsel. De nadelige gevolgen van de nakoming heeft het hof immers slechts geplaatst tegen de achtergrond van het bedrag dat met de gehele overeenkomst was gemoeid (157 miljoen gulden).²⁶ Daarmee heeft het vastgesteld wat feitelijk gezien het gewicht is van de nadelige gevolgen van de nakoming voor Multi Vastgoed. Door evenwel in het midden te laten of het gebrek al dan niet slechts cosmetisch van aard was en of de corrosie vanaf de openbare weg niet als storend werd ervaren, zoals Multi Vastgoed had aangevoerd, heeft het hof verzuimd het feitelijk gewicht van de tekortkoming (het met de nakoming te dienen belang) vast te stellen. De Hoge Raad overweegt ten aanzien hiervan het volgende. Kennelijk is

24 Tjong Tjin Tai 2004, p. 366 stelt dus ten onrechte dat in de procedure voorbij is gegaan aan de vraag of nakoming in casu op een praktische onmogelijkheid afstuitte, te weten de zeer grote bezwaarlijkheid van volledige vervanging van de gevel voor Multi Vastgoed.

25 Vgl. reeds Stolp 2001, p. 380-384

26 Terecht merkt Leijten 2001, p. 46 hierover op dat wanneer voor de belangenafweging voldoende is dat de kosten van herstel van een onderdeel van een gebouw worden afgewogen tegen de waarde van dat gebouw, de herstelkosten vrijwel nooit onredelijk (lees: disproportioneel, *MMS*) zullen zijn nu deze kosten vrijwel altijd in het niet vallen bij de waarde van het gebouw

het hof ervan uitgegaan, aldus de Raad, dat de gevorderde nakoming óók gerechtvaardigd is, als aangenomen zou moeten worden – hetgeen het hof in het midden heeft gelaten – dat het onderhavige gebrek slechts cosmetisch van aard is, dat het representatieve karakter van het gebouw door FFC niet wordt geschaad en dat de corrosie vanaf de openbare weg niet als storend wordt ervaren. Door aldus te oordelen heeft het hof in de ogen van de Hoge Raad niet blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Met andere woorden, het hof mocht de genoemde feitelijke aard en ernst van de tekortkoming volgens de Hoge Raad in het midden laten omdat dit geen invloed zou hebben op 's hofs eindoordeel. Dit volgt in de visie van de Hoge Raad uit de overwegingen van het hof. Daarbij gaat het (kennelijk) om de volgende overwegingen. Volgens het hof kon het concrete gewicht van de tekortkoming in het midden blijven, omdat er in casu sprake was van een tekortschieten in de nakoming van een garantie. Dit niet naleven van de garantie levert naar het oordeel het hof namelijk een substantiele tekortkoming op die zonder meer, dus ongeacht de feitelijke aard en ernst ervan, de nadelige gevolgen van de nakoming rechtvaardigt. Met deze denkwijze kan de Hoge Raad zich dus verenigen. Ook voor het overige legt de Hoge Raad zich neer bij de door het hof verrichte belangenafweging, nu dit 'zoeer verweven (is) met waarderingen van feitelijke aard, dat zij in cassatie verder niet op haar juistheid kan worden getoetst'.

's Hofs oordeel dat het tekortschieten in de nakoming van een garantie op zichzelf genomen, ongeacht de feitelijke aard en ernst ervan, een substantiele tekortkoming oplevert die toepassing van de nakomingsremedie rechtvaardigt, behelst m.i. niet alleen een onzuivere belangenafweging, maar komt ook in strijd met de principiële overweging van de Hoge Raad dat de crediteur in zijn keuze voor nakoming niet geheel vrij is, maar dat een afweging dient plaats te vinden van de belangen van de schuldeiser tegenover die van de schuldenaar. Wil evenwel sprake zijn van een evenwichtige, zuivere, belangenafweging dan moet worden nagegaan in hoeverre tussen het met de nakoming te dienen belang en het daardoor te schaden belang onevenredigheid bestaat. Om te kunnen vaststellen of van disproportionaliteit sprake was, had het hof de feitelijke aard en ernst van de tekortkoming (het te dienen belang) dus niet in het midden mogen laten,²⁷ maar had het deze moeten afzetten tegen de nadelige gevolgen van de nakoming.

Niettemin vermoed ik dat als het hof de proportionaliteitstoetsing op de juiste wijze had uitgevoerd de uitkomst van deze zaak niet anders zou zijn geweest. Zo lijkt aannemelijk dat de nadelige gevolgen van de nakoming (6 miljoen aan kosten) in casu niet onevenredig zouden worden geoordeeld in verhouding tot het met de nakoming te dienen belang (het opheffen van de corrosie door vervanging van de gehele gevelbeplating). Weliswaar zijn de nadelige gevolgen van de gevraagde nakoming voor Multi Vastgoed omvangrijk, en is de inbreuk op haar belang dus aanzienlijk, maar daartegenover staat dat Nethou tegen betaling van 157 miljoen gulden zit opgezadeld met een gebouw waarvan de gevel door corrosie is aangetast, terwijl Multi Vastgoed gegarandeerd heeft dat de gevel deugdelijk zou zijn. Bovendien moet worden

bedacht dat als uitgangspunt geldt dat de schuldeiser *recht* heeft op nakoming van de verbintenis, als hoofdregel geldt derhalve dat uitoefening van de nakoming proportioneel is, slechts in uitzonderlijke gevallen kan dit anders liggen. Van een *onevenredig* zware inbreuk op het belang van Multi Vastgoed lijkt dus geen sprake. Zoals ook reeds in het voorgaande bij de proportionaliteit van ontbinding en schadevergoeding is geconstateerd, blijkt hier eveneens dat beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van onevenredigheid plaatsvindt aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. In deze zaak lijken de verleende garantie en de kosten van het gehele project dermate veel gewicht in de schaal te werpen dat de balans vermoedelijk ten gunste van de schuldeiser doorslaat, verdedigbaar lijkt dat het met de nakoming te dienen belang van Nethou zwaarder weegt dan het daardoor te schaden belang van Multi Vastgoed. Hoewel het achterwege laten van de proportionaliteitstoetsing in dit geval voor het uiteindelijke resultaat dus geen verschil lijkt uit te maken, kan zij dogmatisch gezien echter niet worden gemist, nu de door de Hoge Raad in dit arrest vereiste belangenafweging alleen *dán* zuiver wordt verricht als op een juiste wijze getoetst wordt aan het proportionaliteitsbeginsel.

11.4 Intermezzo: nakoming en het externe subsidiariteitsbeginsel

In het arrest inzake Multi Vastgoed vs. Nethou heeft de Hoge Raad, ik gaf het hiervoor al aan, tevens aanvaard dat de schuldenaar ter afwering van de nakomingsvordering een beroep kan doen op het externe subsidiariteitsbeginsel. Als gezegd, had Multi Vastgoed tegen de gevraagde nakoming niet alleen een beroep op het proportionaliteitsbeginsel gedaan, maar tevens aangevoerd dat zij Nethou had aangeboden (niet alle) maar enkele, in het oog springende, gevelpanelen te vervangen en de overige, aangetaste panelen schoon te maken en te onderhouden welke kosten voor rekening van Multi Vastgoed zouden komen. Ook dit verweer werd door het hof verworpen.

De Hoge Raad heeft het door Multi Vastgoed voorgestelde alternatief aangemerkt als een vorm van schadevergoeding en vervolgens overwogen dat de schuldeiser niet geheel vrij is in de keuze tussen nakoming en schadevergoeding in enigerlei vorm, maar daarbij gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. Dat de keuzevrijheid bij nakoming niet onbegrensd is, blijkt naar het oordeel van de Hoge Raad uit art. 7:21 BW (voor het geval de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt) alsmede uit art. 7:12.8 Ontw. BW (voor het geval van aanneming van werk) en er is geen grond uit deze bepalingen af te leiden dat een overeenkomstige regel bij andere gevallen van aflevering van een ondeugdelijke zaak niet behoort te worden gehanteerd. Hieruit volgt, aldus de Hoge Raad, dat in een geval als het onderhavige een afweging dient te plaats te vinden van de belangen van de schuldeiser bij nakoming tegenover

die van de schuldenaar bij de aangeboden vorm van schadevergoeding.²⁸ Het hof heeft deze belangenafweging, zo concludeert de Hoge Raad, juist en niet onbegrijpelijk verricht. Zo was de nakoming volgens het hof niet subsidiair aan het aangeboden alternatief, nu dit alternatief volstrekt ontoereikend was en alleen de complete vervanging van de gevelbeplating kon bewerkstelligen dat Nethou alsnog zou krijgen als ware terstond deugdelijk nagekomen. Tegen de overwegingen van de Hoge Raad heb ik evenwel de volgende bezwaren.

Zo meen ik in de eerste plaats, hetgeen in hoofdstuk 8 ook al ter sprake is gekomen, dat de Hoge Raad het door Multi Vastgoed aangeboden alternatief ten onrechte heeft aangemerkt als een aanbod tot schadevergoeding. Bedacht moet worden dat op Multi Vastgoed de verplichting rustte tot het bouwen en 'turnkey' leveren van een gebouw. De door Nethou gevorderde vervanging van alle (door corrosie aangetaste) gevelpanelen van dit gebouw, valt daarmee dus aan te merken als nakoming in de vorm van herstel. De vordering impliceert immers niet dat de geleverde zaak, het gebouw zelf, wordt vervangen, maar slechts een onderdeel van de zaak, namelijk de ondeugdelijke gevelbeplating. De alternatieve oplossing van Multi Vastgoed om niet de gehele gevelbeplating maar alleen een aantal in het oog springende gevelpanelen te vervangen en de overige panelen schoon te maken en te onderhouden op haar kosten, behelst dus een andere, minder vergaande vorm van herstel. Anders dan de Hoge Raad aanneemt, gaat het hier derhalve om de verhouding van de ene nakomingswijze tot een andere (minder ingrijpende) nakomingswijze; dit impliceert dat de Hoge Raad in wezen géén externe subsidiariteitstoetsing, maar een *interne* subsidiariteitstoetsing heeft aanvaard.²⁹

Nu de Hoge Raad evenwel expliciet spreekt van 'de keuze tussen nakoming en schadevergoeding' en een belangenafweging vereist 'met het oog op enerzijds de door Nethou verlangde nakoming en anderzijds de door Multi Vastgoed aangeboden vorm van schadevergoeding', kan het arrest m.i. niet anders worden uitgelegd dan dat de Hoge Raad (toch ook) een *externe* subsidiariteitstoetsing bij de nakoming heeft aanvaard.³⁰ Dit is volgens mij evenwel onwenselijk en onjuist.

28 In deze zin reeds: Schoordijk 1986, p. 407 die verdedigt dat – ondanks de strikte hoofdregel van art. 3:296 lid 1 – de rechter niet gehouden is een veroordeling tot nakoming uit te spreken, indien hij van oordeel is dat nakoming niet adequaat is en een vordering tot schadevergoeding meer geïndiceerd is. Daartoe kan de rechter zijns inziens voor het anker gaan liggen van art. 3:13 (misbruik van bevoegdheid), soms ook kan de rechter art. 3:303 hanteren en een schuldeiser voorhouden dat hij onvoldoende belang heeft. Voorts wijst Schoordijk erop dat een schuldenaar zondig een beroep kan doen op art. 6:2 en kan betogen dat de redelijkheid zich tegen veroordeling tot nakoming verzet. Instemmend met de door de Hoge Raad aanvaarde externe subsidiariteitstoetsing Van den Berg 2001, p. 299-301, Tjittes 2001, p. 161-162, Veldman 2001, p. 736-738.

29 Zie over de verhouding tussen de verschillende wijzen van nakoming (het interne subsidiariteitsbeginsel) hoofdstuk 8

30 Zie voor een geval waarin de schuldenaar zich ter afwering van de nakomingsvordering van de schuldeiser heeft beroepen op de (voor hem minder vergaande) mogelijkheid tot ontbinding: HR 18 maart 2005, *JOL* 2005, 159. In zijn conclusie heeft A-G Keus de (externe subsidiariteits)toetsing zoals de Hoge Raad heeft aanvaard in het arrest van Multi Vastgoed/Nethou – vreemd genoeg – niet toegepast, maar gesteld dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat in de omgekeerde situatie (keuze voor ontbinding versus mogelijkheid tot nakoming), het de schuldeiser in beginsel

Zo verdient ten eerste aantekening dat onhoudbaar is dat volgens de Hoge Raad uit art. 7:21 BW blijkt dat een externe subsidiariteitstoetsing bij de nakoming moet worden verricht, en er geen grond is uit deze bepaling af te leiden dat een overeenkomstige regel bij andere gevallen van aflevering van een ondeugdelijke zaak niet behoort te worden gehanteerd. Zoals verderop bij de bespreking van de nakomingsvorderingen van art. 7:20-21 zal blijken, ligt in deze bepalingen namelijk besloten dat de verkoper (schuldenaar) zich ter afwering van één van deze nakomingsvorderingen slechts kan beroepen op de interne subsidiariteitstoetsing en de proportionaliteitstoetsing. Alléén in het geval van een consumentenkoop omvat het vijfde lid van art. 7:21 (ten onrechte) een externe subsidiariteitstoetsing. Deze bepaling is evenwel pas op 1 mei 2003 (ter implementatie van de Europese richtlijn consumentenkoop) in werking getreden en gold dus nog niet ten tijde van het wijzen van het Multi Vastgoed/Nethou-arrest in januari 2001. Dat de externe subsidiariteitstoetsing mogelijk is krachtens art. 7:12.8 Ontw. BW (voor het geval van aanneming van werk),³¹ is daarentegen wel juist. Zo bepaalt het tweede lid dat de opdrachtgever kan vorderen dat de aannemer de gebreken binnen redelijke termijn wegneemt, tenzij de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de opdrachtgever bij herstel in plaats van schadevergoeding. Hieruit volgt dus dat de tekortschietende aannemer ter afwering van de herstellvordering kan aanvoeren dat de voor hem minder vergaande schadevergoeding het belang van de schuldeiser evengoed kan behartigen, zodat het herstel hieraan extern subsidiair is.

Daarnaast en van meer (principiële) belang is evenwel mijn bezwaar dat de externe subsidiariteitstoetsing bij de nakoming niet in overeenstemming is met de plaats die deze remedie in ons wettelijk bestel is toebedeeld. Zoals aan de hand van de externe subsidiariteitsanalyse bij de ontbinding en de vervangende schadevergoeding is gebleken, is de verzuimregeling immers ingegeven door de gedachte dat nakoming primair is aan ontbinding en vervangende schadevergoeding. Het wettelijk systeem gaat kortom uit van een hiërarchie tussen de remedies, en wel in die zin dat de nakomingsremedie 'de topospositie' inneemt. De wetgever heeft, met andere woorden, de externe subsidiariteitsafweging reeds gemaakt: nakoming is de primaire remedie. Daarbij valt bovendien nog op te merken dat deze afweging niet alleen is ingegeven door de (subsidiariteits)gedachte dat ontbinding en vervangende schadevergoeding in de regel verdergaand zijn, maar dat zij evenzeer valt terug te voeren op het – voor ons contractenrecht zo wezenlijke – principe dat overeenkomsten dienen te worden nagekomen ('pacta sunt servanda'). Daarom wordt ervan uitgegaan dat (reeds) de verbintenis uit de overeenkomst recht geeft op de prestatie zelf (nakoming). In overeenstemming hiermee geldt dan ook dat wanneer een contractpartij geconfronteerd wordt

vrijstaat te bepalen welke remedie hij kiest indien zijn schuldenaar niet nakomt. Daar waar slechts in zeer bijzondere omstandigheden de redelijkheid en billijkheid zich tegen de keuze voor ontbinding van de overeenkomst verzetten, geldt zulks volgens Keus a fortiori in een geval als het onderhavige waarin de schuldeiser voor het vorderen van nakoming heeft gekozen. De Hoge Raad heeft de kwestie afgedaan met een beroep op art. 81 RO, nu de klachten niet zouden nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling

31 Sinds 1 september 2003 is deze bepaling als art. 7:759 in werking getreden.

met een tekortkoming, zij éérst en vooral recht heeft op (correcte) nakoming en dus niet op een substituuat (ontbinding e/o schadevergoeding)

De aldus in de wet tot uitgangspunt genomen hiërarchie zou evenwel volledig op losse schroeven komen te staan, indien zou worden aanvaard dat – als de schuldenaar zich daarop beroept – moet worden nagegaan of nakoming in verhouding tot ontbinding of vervangende schadevergoeding niettemin de subsidiaire remedie dient te zijn. Bovendien komt het belang van de teleurgestelde schuldeiser door een dergelijke toetsing naar mijn idee (veel) te veel op de tocht te staan, terwijl anderzijds bedacht moet worden dat nakoming lang niet altijd, in alle gevallen en hoe onredelijk ook, haar topositie behoudt.

Zo is gebleken dat de nakomingsremedie bijvoorbeeld uit het remediarsenaal verdwijnt als het voor de schuldenaar absoluut onmogelijk is om de prestatie (alsnog) te verrichten. Een verbrand doek van Picasso valt simpelweg niet meer te leveren, het voorstellen van de nakomingsremedie zou in dat geval onredelijk en nutteloos zijn. Hetzelfde geldt wanneer de nakoming het belang van de schuldeiser niet (afdoende) kan dienen. Alsdan vormt de nakoming voor het geleden nadeel immers geen (adequate) remedie. Nakoming wordt in dat geval als relatief onmogelijk aangemerkt, waarmee zij van haar eerste plaats wordt verdreven. Ook is nakoming niet langer ‘*primus inter pares*’ als zij van de schuldenaar (niet slechts grote maar) *onevenredig* grote offers vergt. Aan de hand van de proportionaliteitstoetsing wordt de nakoming ook dan immers als relatief onmogelijk aangemerkt dan wel wordt zij geacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te zijn. Daarmee bestaan er dus al voldoende waarborgen om te voorkomen dat de primaire positie van de nakomingsremedie onredelijke gevolgen heeft voor één van beide partijen. Gelet op het feit dat de externe subsidiariteitstoetsing strijd oplevert met de rangorde die in het wettelijk systeem op grond van deze gedachte en op grond van het aloude ‘*pacta sunt servanda*’-beginsel is neergelegd, lijkt het mij dan ook hoogst onwenselijk dat de nakomingsremedie aan deze toetsing onderworpen kan worden. Ik pleit er daarom voor strikt vast te houden aan het wettelijke uitgangspunt dat nakoming in verhouding tot ontbinding en vervangende schadevergoeding de primaire remedie is. De – eventuele – tegenwerping dat het belang van de schuldenaar een externe subsidiariteitstoetsing bij de nakoming zou vergen, verliest uit het oog dat zijn belang reeds afdoende wordt bewaakt door het proportionaliteitsbeginsel, terwijl de externe subsidiariteitstoetsing anderzijds een onaanvaardbare inbreuk maakt op het belang dat de schuldeiser heeft bij (correcte) nakoming. Kort en goed moet dus gelden dat het externe subsidiariteitsbeginsel op geen enkele wijze de nakomingsremedie beheerst.

11.5 De invloed van het proportionaliteitsbeginsel

Na deze uitzetting over (de onwenselijke invloed van) het externe subsidiariteitsbeginsel bij de nakoming, een uitstapje waartoe het Multi Vastgoed/Nethou-arrest aanleiding gaf, wordt thans teruggekeerd naar het onderwerp van dit hoofdstuk: de rol van het proportionaliteitsbeginsel bij de nakomingsremedie.

Gebleken is dat in de literatuur en jurisprudentie wordt aangenomen dat de schuldenaar, ter afwering van de nakomingsvordering, op twee manieren een beroep kan doen op het proportionaliteitsbeginsel. Zo kan hij de proportionaliteitstoetsing inroepen of wel door te stellen dat nakoming gelet op zijn belang relatief onmogelijk is, dan wel door aan te voeren dat nakoming gelet op de eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.³² Dat de proportionaliteitstoetsing pas moet worden verricht als de schuldenaar zich hierop beroept, volgt uit het feit dat de schuldeiser *recht* heeft op nakoming en daartoe enkel het bestaan van een verbintenis hoeft aan te tonen. Het is dan vervolgens aan de schuldenaar om te stellen dat nakoming van zijn verbintenis niet van hem kan worden geleverd nu zij onevenredig nadelige gevolgen voor hem meebrengt.³³

Nu wordt wel betoogd dat de van de schuldenaar te vergen offers wel bijzonder groot moeten zijn wil nakoming relatief onmogelijk zijn, terwijl als nakoming daarentegen slechts in min of meerdere mate bezwaarlijk is men niet van relatieve onmogelijkheid zou kunnen spreken maar de situatie beoordeeld zou moeten worden aan de hand van art. 6:2 of art. 6:248.³⁴ Daarmee lijkt evenwel uit het oog te worden verloren dat de toetsing zowel bij de relatieve onmogelijkheid, als bij de maatstaven van redelijkheid en billijkheid neerkomt op de afweging of nakoming een onevenredig zware aantasting oplevert voor het belang van de schuldenaar. Kort gezegd: binnen beide kaders vindt een toetsing van de nakomingsremedie aan het proportionaliteitsbeginsel plaats. Het zou hoogst onwenselijk zijn als het voor de uitkomst van deze proportionaliteitstoetsing verschil zou uitmaken of zij plaatsvindt in het kader van de relatieve onmogelijkheid dan wel op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit klemt temeer wanneer bedacht wordt dat de vraag of nakoming relatief onmogelijk is gelet op het belang van de schuldenaar (de proportionaliteitstoetsing), óók aan de orde kan komen bij de vraag of de schuldeiser direct kan overgaan tot het vorderen van ontbinding of vervangende schadevergoeding, dan wel of hij éérs de nakomingsremedie dient te beproeven. Dit is immers het gevolg van de eis dat de schuldenaar in verzuim moet zijn alvorens ontbinding of schadevergoeding mogelijk is (vgl. het tweede lid van art. 6:265 resp. art. 6:74). Is nakoming relatief onmogelijk omdat zij onevenredig zware offers van de schuldenaar zou vergen (m.a.w. nakoming

32 De Vries 2000, p. 45 meent overigens dat oprekking van het begrip 'onmogelijkheid van nakoming' (door hieronder ook te verstaan de relatieve onmogelijkheid) een anachronisme is dat gewenst was in een tijd waarin aan de redelijkheid en billijkheid nog geen beperkende werking werd toegekend. Sinds de erkenning van deze beperkende werking is hieraan naar zijn mening de ratio komen te ontvallen, zodat het in zijn visie de voorkeur zou verdienen het begrip onmogelijkheid van nakoming tot zijn kern te beperken.

33 Ook de tenzij-formulering van art. 3:296 brengt dit met zich mee. Hartkamp wijst er evenwel terecht op dat er feiten zijn die ten processe kunnen komen vast te staan zonder te zijn gesteld, zoals het bestaan van een wettelijk verbod. Als de schuldenaar tot nakoming wordt aangesproken terwijl een na het sluiten van de overeenkomst in werking getreden wetbepaling de nakoming verbiedt, zal de rechter ook als de schuldenaar géén beroep op de onmogelijkheid van nakoming heeft gedaan ingevolge art. 25 Rv ambtshalve de vordering tot nakoming moeten afwijzen. Asser-Hartkamp I 2004, nr. 348.

34 Aldus Verbintenissenrecht (Broekema-Engelen), art. 74, aant. 27.2.

is disproportioneel), dan is het verzuimvereiste niet van toepassing, hoeft de primaire nakomingsroute niet te worden afgelegd en kan de schuldeiser onmiddellijk overgaan tot het vorderen van ontbinding of vervangende schadevergoeding. Wanneer nu evenwel relatieve onmogelijkheid van nakoming minder snel zou kunnen worden aangenomen dan de onaanvaardbaarheid van nakoming gelet op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, dan zou de hoogst merkwaardige situatie kunnen ontstaan dat de schuldeiser gelet op het verzuimvereiste eerst de nakomingsremedie dient uit te oefenen omdat relatieve onmogelijkheid zich niet voordoet, terwijl als hij vervolgens de nakomingsvordering instelt de striktere proportionaliteitstoetsing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ertoe zou kunnen leiden dat zij (alsnog) wordt afgewezen. Het is kortom van tweeën één: nakoming is disproportioneel of zij is dat niet; voor de invulling en uitkomst van de proportionaliteitstoetsing bij de nakomingsremedie dient het geen verschil uit te maken of zij verricht wordt in het kader van de relatieve onmogelijkheid dan wel op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Daarnaast kan in het licht van het voorgaande worden opgemerkt dat de invloed van het proportionaliteitsbeginsel bij de nakomingsremedie zeer bescheiden is. Als uitgangspunt geldt immers dat de schuldeiser *recht* heeft op nakoming. Daarbij komt dat dit recht op nakoming een principieel karakter kent. Zo komt nakoming de schuldeiser niet zozeer toe als gevolg van de tekortkoming (zoals het geval is bij het recht op ontbinding en schadevergoeding), maar vindt zij haar grondslag in de verbintenis; mét het bestaan van de verbintenis is het recht op nakoming gegeven. Dat het recht op nakoming een elementair karakter draagt, blijkt voorts nog uit het feit dat de nakoming in het arsenaal van remedies de primaire plaats is toebedeeld, waardoor de remedies van ontbinding en schadevergoeding pas kunnen worden uitgeoefend indien de nakoming geen of onvoldoende soelaas heeft geboden. Het principiële uitgangspunt dat de schuldeiser ingeval van een tekortkoming recht heeft op nakoming, blijkt in ons recht zelfs dermate wezenlijk en vanzelfsprekend dat is nagelaten dit in het BW op te nemen. Kortom: gelet op de principiële aard van het recht op nakoming zal de proportionaliteitstoetsing slechts bij wijze van (hoge) uitzondering een belemmering kunnen vormen.³⁵ Daarmee vervult het proportionaliteitsbeginsel dus dezelfde beperkte functie als bij de remedies van ontbinding en schadevergoeding: het waakt slechts tegen het uitzonderlijke geval waarin uitoefening van de remedie dreigt te ontaarden in een onevenredig zware aantasting van het belang van de schulde-

35 Vgl. ook Smits 2004, p. 21-22 waar hij stelt dat bedacht moet worden dat het aannemen van bezwaarlijkheid van nakoming voor de schuldenaar 'de bijl aan de wortel van de bindende kracht van de overeenkomst zet'. Daarom moet nakoming bijzonder bezwaarlijk zijn voor de schuldenaar, niet voldoende is dat nakoming 'min of meer bezwaarlijk is'. Hij verwijst in dit verband naar de formule die de ontwerpers van het BW (Parl. Gesch. Boek 6, p. 264) hanteren, namelijk dat nakoming de schuldenaar een zo grote inspanning of opoffering kost dat zij als praktisch onmogelijk moet worden aangemerkt. Overigens merkt Hartkamp in dit verband terecht op dat het geheel van de omstandigheden van elk geval afhangt of de belemmering groot genoeg is om van een 'verhindering' der prestatie te kunnen spreken, zodat een algemene regel moeilijk valt te geven: Asser-Hartkamp I 2004, nr. 321.

naar. In de voorgaande hoofdstukken heb ik het proportionaliteitsbeginsel dan ook gekarakteriseerd als een ‘vangnet’ dat ertoe strekt excessen, gevallen van ‘flagrante’ disproportionaliteit, op te vangen en te voorkomen. Dat het proportionaliteitsbeginsel ook bij de nakoming een dergelijke beperkte ‘vangnet-functie’ heeft, is mijns inziens alleszins juist.

Zo is de (zeer) beperkte gelding van het proportionaliteitsbeginsel in overeenstemming met de wijze waarop de wetgever de nakoming heeft gerangschikt in het arsenaal van remedies. Als gezegd, is nakoming in verhouding tot ontbinding en vervangende schadevergoeding de primaire remedie. Hiervoor gaf ik al aan dat dit valt terug te voeren op het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen (‘pacta sunt servanda’) alsmede op de externe subsidiariteitsgedachte dat ontbinding en schadevergoeding voor de schuldenaar doorgaans verderstrekkende gevolgen hebben. Dit betekent derhalve dat de schuldeiser ingeval van een tekortkoming eerst en vooral recht heeft op nakoming. Dat de proportionaliteitstoetsing alleen in sprekende gevallen een uitzondering op dit recht kan aanbrengen, dient dus de rechtszekerheid en daarmee de hantering van het remediearsenaal in de praktijk. Nu is de rechtszekerheid – uiteraard – niet ‘zaligmakend’. Zo dient het belang van de rechtszekerheid te wijken als de billijkheid dit eist. Maar ook bezien vanuit de billijkheid is de zeer beperkte invloed van het proportionaliteitsbeginsel bij de nakoming gerechtvaardigd. Men moet zich namelijk realiseren dat de nakomingsremedie via de eisen van redelijkheid en billijkheid evenzeer onderworpen is aan het interne subsidiariteitsbeginsel.³⁶ Nu het interne subsidiariteitsbeginsel ziet op de proportionaliteit van de wijze van uitoefening van een remedie, en aldus een onderdeel vormt van de ‘algemene’ proportionaliteitsgedachte, gaat deze afweging logischerwijze vóór aan de proportionaliteitstoetsing ‘in strikte zin’. Dit betekent dat als wordt toegekommen aan de toetsing van de nakoming aan het proportionaliteitsbeginsel (in strikte zin), reeds vaststaat dat zij vanuit intern subsidiariteitsoogpunt gerechtvaardigd is; aangenomen moet worden dat een minder vergaande nakomingswijze niet voorhanden is dan wel reeds tevergeefs is uitgeoefend. Mede vanuit dit oogpunt bezien, dient naar mijn mening dus te worden vastgehouden aan een zeer beperkte invloed van het proportionaliteitsbeginsel en geldt terecht als uitgangspunt dat uitoefening van de nakomingsremedie proportioneel is.

11.6 De nakomingsvorderingen van art. 7:20-21

Zoals in hoofdstuk 8 reeds aan de orde is gekomen,³⁷ kent de – in de praktijk veelvuldig voorkomende – koopovereenkomst, anders dan de nakomingsremedie in het algemene verbintenissenrecht, in boek 7 BW voor de nakomingsremedie van de koper wél een regeling. Zoals het kopje van deze paragraaf al aangeeft, gaat het daarbij om art. 7:20 en art. 7:21. Met het oog op de consistentie van het wettelijk systeem is

³⁶ Zie hierover uitvoerig hoofdstuk 8.

³⁷ Zie § 8.3

interessant om na te gaan óf de proportionaliteitstoetsing in deze nakomingsregeling is neergelegd en, zo ja, in hoeverre zij deze regeling beheerst.

De art. 7:20 en 7:21 kennen de koper een viertal nakomingsvorderingen toe in geval de verkoper tekortschiet: (i) opheffing van de last of de beperking waarmee de zaak ten onrechte is behept (art. 7:20); (ii) aflevering van het ontbrekende (art. 7:21 lid 1 onder a); (iii) herstel van de afgeleverde zaak (art. 7:21 lid 1 onder b) en (iv) vervanging van de afgeleverde zaak (art. 7:21 lid 1 onder c). De vordering tot opheffing, herstel en vervanging zijn alledrie voorzien van een clausulering. Deze clausuleringen zijn in hoofdstuk 8 uitvoerig tegen het licht gehouden in het kader van de interne subsidiariteitsanalyse. Hieronder zal worden gezien in hoeverre zij een proportionaliteitstoetsing (in strikte zin) omvatten.

(i) Opheffing of herstel 'mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen'

Art. 7:20 luidt dat als de afgeleverde zaak behept is met een last of een beperking die hierop niet had mogen rusten, de koper opheffing van de last of beperking kan eisen 'mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen.' Evenzo bepaalt art. 7:21 lid 1 onder b voor de vordering tot herstel dat de koper dit kan eisen, 'mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen.' Over dit voorbehoud wordt in de wetsgeschiedenis opgemerkt dat het wil onderstrepen dat de verkoper niet gehouden is tot het onmogelijke, noch tot een buitensporige prestatie.³⁸ Ter beantwoording van de vraag of de verkoper aan de opheffing of aan het herstel kan voldoen (de 'mits-bepaling'), moet dus niet alleen worden onderzocht of de opheffing dan wel het herstel absoluut gezien mogelijk is, maar moet tevens een proportionaliteitstoetsing worden verricht. De opmerking uit de parlementaire toelichting dat de verkoper niet gehouden is tot een buitensporige prestatie impliceert immers dat de nadelige gevolgen van de opheffing of het herstel voor de verkoper (schuldenaar) niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot het daarmee te dienen belang van de koper (schuldeiser).³⁹ Het voorbehoud 'mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen' brengt derhalve mee dat nagegaan moet worden of de opheffing of het herstel onevenredig grote offers van de verkoper zou vergen.

Wat betreft de herstellvordering heeft Hijma als relevante gezichtspunten bij de proportionaliteitstoetsing genoemd: (i) de aard en het gebruiksdoel van de zaak, (ii) de omvang van de ondeugdelijkheid, (iii) de omvang van de herstellkosten en (iv) de woonplaats van koper en verkoper.⁴⁰ Goed beschouwd, geven de gezichtspunten genoemd onder (i) en (ii) invulling aan het met het herstel te dienen belang van de

38 TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 134-135. Vgl. voorts specifiek voor de herstellvordering: NvW I, Parl. Gesch. Boek 7, p. 138 alwaar omtrent de mits-bepaling van art. 7:21 lid 1 onder b wordt opgemerkt dat het daarbij gaat om de vraag of herstel mogelijk is of uit bedrijfseconomisch oogpunt van de verkoper kan worden gevergd.

39 Vgl. Klik 2004, p. 69-70 die stelt dat het voorbehoud impliceert dat een belangenafweging dient plaats te vinden tussen het belang van de koper en dat van de verkoper. Zie ook Loos 2004, nr. 28 waar hij schrijft dat uitoefening van de bevoegdheid om herstel te vorderen niet tot disproportionele gevolgen voor de verkoper mag leiden.

40 Asser-Hijma I 2001, nr. 390.

koper, terwijl van de gezichtspunten aangehaald onder (iii) en (iv) gesteld kan worden dat zij de omvang bepalen van de nadelige gevolgen van het herstel voor de verkoper. Daarbij verdient aantekening dat deze gezichtspunten geen zelfstandige grootheden zijn, maar slechts factoren die op één van beide zijden van de proportionaliteitsafweging van een bepaalde (relatieve) invloed zijn.

(ii) Vervanging 'tenzij de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen'

Volgens art. 7:21 lid 1 onder c kan de koper vervanging van de afgeleverde zaak eisen, 'tenzij de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen'.⁴¹ Deze tenzij-clausule vertoont grote gelijkenis met de tenzij-clausules bij ontbinding en vervangende schadevergoeding, waarin immers evenzeer is opgenomen dat uitoefening van de remedie mogelijk is tenzij zij niet door de tekortkoming wordt gerechtvaardigd (vgl. art. 6:265 lid 1 resp. art. 6:87 lid 2). Het verwondert daarom niet dat in de toelichting op art. 7:21 lid 1 onder c wordt opgemerkt dat onder de zinsnede 'afwijking die te gering is om vervanging te rechtvaardigen' hetzelfde moet worden verstaan als onder 'de geringe tekortkoming' waarvan sprake is in art. 6:265 lid 1.⁴² Evenals de ontbinding, is dus ook de vervanging op grond van de tenzij-clausule onderworpen aan de proportionaliteitstoetsing: tussen de afwijking van het overeengekomene (het te dienen belang) enerzijds en de nadelige gevolgen van de vervanging (het te schaden belang) anderzijds mag geen onevenredigheid bestaan.⁴³ Gelet op de (tenzij)formulering wordt ervan uitgegaan dat de koper recht heeft op vervanging. Dit betekent dat het proportionaliteitsbeginsel slechts bij wijze van uitzondering aan de vervanging in de weg zal staan; als hoofdregel geldt derhalve dat vervanging proportioneel is.

(iii) Herstel en vervanging door een consument-koper: lid 4 en lid 5

Wanneer de koper een consument is, wordt het voorbehoud van de herstel- en vervangingsvordering (art. 7:21 lid 1 onder b resp. onder c) nader uitgewerkt in lid 4 en lid 5 van art. 7:21. Deze bepalingen dienen ter implementatie van de Europese richtlijn 99/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (hierna: de richtlijn consumentenkoop). Het vierde lid bepaalt dat de consument-koper in afwijking van lid 1 slechts dan geen herstel of vervanging toekomt, als herstel of vervanging onmogelijk is⁴⁴ of van de verkoper niet gevergd kan worden. De vraag of herstel al dan niet van de verkoper gevergd kan worden, omvat onmiskenbaar een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel. Gesteld kan dus

41 De tenzij-clausule noemt voorts nog het geval dat de zaak teniet of achteruit is gegaan doordat de koper na het tijdstip dat hij redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moet houden, niet als zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan heeft gezorgd. Nu deze uitzondering op de vervanging niet is terug te voeren op het proportionaliteitsbeginsel kan zij hier verder buiten beschouwing blijven.

42 MvT, Parl. Gesch. Boek 7, 136.

43 In zelfde zin: Loos 2004, nr. 28.

44 Van onmogelijkheid van herstel of vervanging is bij soortzaken nimmer sprake zolang het type nog verkrijgbaar is. Vgl. MvT, TK 2000-2001, 27 809, nr. 3, p. 22.

worden dat de herstel- resp. vervangingsvordering zowel op grond van het eerste lid (de mitsbepaling onder b resp. de tenzij-clausule onder c), als op grond van het vierde lid onderworpen is aan een proportionaliteitstoetsing.

De proportionaliteitstoetsing van het vierde lid wordt evenwel nader ingevuld in het vijfde lid: herstel of vervanging kan bij een consumentenkoop van de verkoper niet geleverd worden 'indien de kosten daarvan in geen verhouding staan tot de kosten van uitoefening van een ander recht of een andere vordering die de koper toekomt'. Daarbij moet, aldus nog steeds het vijfde lid, gelet worden op de waarde van de zaak als zij aan de overeenkomst zou beantwoorden, de mate van afwijking van het overeengekomene en de vraag of de uitoefening van een ander recht of een andere vordering geen ernstige overlast voor de koper veroorzaakt. Door het vijfde lid wordt de vordering tot herstel en vervanging dus afgezet tegen een ander recht van de consument-koper. Dit kan omvatten een andere *nakomingsvorm* (opheffing van de last of beperking/aflevering van het ontbrekende/herstel in plaats van vervanging/ vervanging in plaats van herstel/een andere vorm van herstel) dan wel een geheel andere *remedie* (ontbinding of vervangende schadevergoeding eventueel in combinatie met aanvullende schadevergoeding). Daarmee verschiet de proportionaliteitstoetsing echter van kleur: zij verwordt tot een subsidiariteitstoetsing. Immers, het antwoord op de vraag of het herstel of de vervanging van de verkoper geleverd kan worden (proportionaliteit), is, blijkens het vijfde lid, afhankelijk van de vraag of er een andere, voor de verkoper minder vergaande nakomingsvorm of remedie voorhanden is (interne resp. externe subsidiariteit). Voor de proportionaliteitstoetsing in strikte zin lijkt dus geen ruimte te bestaan. De gedachte is kennelijk dat als de herstel- of vervangingsvordering (absoluut mogelijk is en) de interne resp. externe subsidiariteitstoetsing kan doorstaan, zij geen onevenredige offers van de verkoper zal vergen. Wat hiervan te denken?

In de eerste plaats kan geconstateerd worden dat de wijze waarop het vijfde lid de herstel- en vervangingsvordering bij een consumentenkoop inperkt, afwijkt van de wijze waarop het eerste lid onder b en onder c deze vorderingen bij een niet-consumentenkoop omlijnt. Waar het vijfde lid géén ruimte laat voor een proportionaliteitstoetsing in strikte zin, bleek het voorbehoud van lid 1 onder b ('mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen') en dat van lid 1 onder c ('tenzij de afwijking van het overeengekomene te gering is om dit te rechtvaardigen'), een dergelijke toetsing immers wél te omvatten. Evenzo is duidelijk geworden dat in het algemene verbintenissenrecht geldt dat de schuldenaar ter afwering van de nakomingsvordering een beroep kan doen op het proportionaliteitsbeginsel. Voor het ontbreken van de proportionaliteitstoetsing bij de herstel- en vervangingsvordering in geval van een consumentenkoop zie ik bovendien geen (enkele) grond of rechtvaardiging. De incongruentie die met de invoering van het vijfde lid is ontstaan, komt mij dan ook onwenselijk en onjuist voor.

Evenzeer onwenselijk en onjuist is naar mijn idee dat het vijfde lid de herstel- en vervangingsvordering van de consument-koper onderwerpt aan een *externe* subsidiariteitstoetsing. Zo kan herstel of vervanging op grond van deze bepaling niet door de beugel, indien de kosten daarvan in geen verhouding staan tot de kosten van de uitoefening van een ander recht of een andere vordering die de koper toekomt. Onder

‘een ander recht of een andere vordering’ valt niet alleen een andere nakomingsvorm (interne subsidiariteit), maar evenzeer een andere remedie (externe subsidiariteit). Zoals in hoofdstuk 8, § 3, naar voren is gekomen, is de voorgeschreven *interne* subsidiariteitstoetsing juist en bovendien in overeenstemming met de clausulering van lid 1 onder b en onder c,⁴⁵ alsmede met hetgeen geldt ten aanzien van de nakomingsremedie in het algemene verbintenissenrecht. De introductie van de *externe* subsidiariteitstoetsing zorgt daarentegen voor een incongruentie in art. 7:21, nu deze toetsing door lid 1 onder b en onder c niet wordt vereist. Maar dat is niet het enige bezwaar.

Zoals ik naar aanleiding van het Multi Vastgoed/Nethou-arrest al uitvoerig heb aangegeven, is bij de nakoming (waarvan herstel en vervanging een variant zijn) géén plaats voor de externe subsidiariteitstoetsing (zoals die van lid 5). Zoals gezegd, levert zij namelijk strijd op met de rangorde die in het wettelijk systeem is neergelegd. Deze rangorde is, zo meen ik, ingegeven door de afweging die de wetgever heeft gemaakt aan het externe subsidiariteitsbeginsel alsmede door het pacta sunt servanda-beginsel. Wanneer bij de nakomingsremedie niettemin (alsnog) een externe subsidiariteitstoetsing verricht zou worden, komt de aldus in de wet neergelegde rangorde volledig op losse schroeven te staan. Dit lijkt mij onwenselijk, temeer daar voor deze rechtsonzekerheid geen (althans onvoldoende) rechtvaardiging bestaat. Zo wordt het belang van de schuldenaar reeds afdoende gewaarborgd door het interne subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel, terwijl de externe subsidiariteitstoetsing anderzijds een onaanvaardbare inbreuk maakt op het belang van de schuldeiser bij (correcte) nakoming. Kortom: de rechtszekerheid zou niet geofferd worden omwille van de billijkheid.

Daarom zou ik, nu het schrappen van het vierde en vijfde lid van art. 7:21 gezien de inwerkingtreding ervan op 1 mei 2003 niet erg voor de hand lijkt te liggen, ervoor willen pleiten deze bepalingen als volgt toe te passen. Op grond van het vijfde lid kan de verkoper bij een consumentenkoop aanvoeren dat de kosten van het gevorderde herstel of de gevorderde vervanging in geen verhouding staan tot de kosten van een andere vorm van nakoming (interne subsidiariteit). Wil de vordering tot herstel of vervanging hierop kunnen afketsen, dan moet uiteraard wel vast komen te staan dat die andere nakomingswijze het belang van de consument-koper evengoed kan behartigen. Dit betekent dus dat het vijfde lid zodanig beperkt geïnterpreteerd moet worden dat de bewoordingen ‘een ander recht of een andere vordering die de koper toekomt’ louter zien op een andere wijze van uitoefening van de nakomingsremedie; zij omvatten dus niet de toepassing van een andere remedie (zoals de ontbinding en de vervangende schadevergoeding). Aldus wordt vastgehouden aan het wettelijk uitgangspunt dat herstel en vervanging bij een consumentenkoop primair zijn aan de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding, en wordt de onwenselijke en onjuiste invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel uitgeschakeld. Daarnaast geldt dat de verkoper bij een consumentenkoop zich op grond van het vierde lid van art. 7:21 kan

45 Slechts in zoverre heeft Klok 2004, p. 75-76 dus gelijk waar hij schrijft dat in art. 7:21 lid 1 voor herstel en vervanging andere criteria worden geformuleerd, terwijl voor herstel en vervanging in lid 4 en lid 5 de test hetzelfde is.

verweren tegen een vordering tot herstel of vervanging, door een beroep te doen op (de absolute onmogelijkheid hiervan dan wel op) het proportionaliteitsbeginsel. Zo kan hij stellen dat herstel of vervanging van hem niet geveerd kan worden gelet op de onevenredig grote offers die dit van hem vraagt. Aldus wordt ruimte geschapen voor de proportionaliteitsafweging en vindt aansluiting plaats bij de herstel- en vervangingsvordering ingeval van een niet-consumentenkoop en bij de algemene nakomingsremedie, waar de schuldenaar immers evenzeer de proportionaliteitstoetsing kan inroepen. Daarbij verdient overigens wel aantekening dat, zoals ook blijkt uit de bewoordingen van het vierde lid – de koper komt ‘slechts dan geen herstel of vervanging toe’ – de consumentkoper in verreweg de meeste gevallen recht heeft op het gevorderde herstel of de gevorderde vervanging, en er alleen in sprekende gevallen van disproportionaliteit sprake zal zijn.

Nu zijn het vierde en vijfde lid van art. 7:21, zo bleek, terug te voeren op de richtlijn consumentenkoop. Dit roept de vraag op of de door mij verdedigde uitleg en toepassing van deze bepalingen wel geoorloofd is in het licht van deze richtlijn. Ik meen dat zich geen problemen voordoen. Zo strekt de richtlijn consumentenkoop niet tot unificatie, maar tot een minimumharmonisatie. Dit impliceert dat het de lidstaten vrijstaat de consument een hogere graad van bescherming te verzekeren (art. 8 lid 2 richtlijn), ongeoorloofd is dus slechts een afwijking van de richtlijn waardoor de consument-koper in mindere mate wordt beschermd. Wanneer nu bij de herstel- en vervangingsvordering de externe subsidiariteitstoetsing achterwege wordt gelaten (zoals de richtlijn meebrengt) en wordt ingeruild tegen de zuivere proportionaliteitstoetsing, geldt dat de consument-koper op grond van het nationale recht de facto niet minder bescherming geniet dan hem op grond van de richtlijn toekomt. Een dergelijke toepassing van het vierde en vijfde lid van art. 7:21 wordt dus niet belemmerd door het bestaan van de richtlijn.

(iv) Aflevering van het ontbrekende

Wanneer het afgeleverde afwijkt in getal, maat of gewicht⁴⁶ kan de koper krachtens art. 7:21 lid 1 onder a aflevering van het ontbrekende verlangen. Als enige is deze vorm van nakoming niet van een clausulering voorzien. Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat aflevering van hetgeen aan de prestatie ontbreekt meestal (absoluut) mogelijk is en van de verkoper redelijkerwijs kan worden verlangd. Hoewel dit in de regel zeker het geval zal zijn, kan het nu niettemin voorkomen dat het ontbrekende niet kan worden afgeleverd nu dit feitelijk gezien niet meer mogelijk is. Evenzo lijkt het niet geheel uitgesloten dat de vordering tot aflevering van het ontbrekende bij wijze van uitzondering onevenredig grote offers van de verkoper kan vergen, zoals wanneer hetgeen aan de prestatie ontbreekt zeer gering en onbeduidend is, terwijl de aflevering van het ontbrekende voor de verkoper buitengewoon (veel kost en) nadelig is. In dat geval is het heel wel denkbaar dat het met de aflevering te dienen belang van de koper niet opweegt tegen het daardoor te schaden belang van de verkoper. Op grond van het proportionaliteitsbeginsel zou de vordering tot aflevering alsdan moeten worden

46 Vgl. art. 7:17 lid 3.

afgewezen waardoor de koper ter opheffing van zijn nadeel is aangewezen op een andere nakomingsvorm dan wel, als ook dit niet mogelijk is, een andere (subsidiare) remedie. Ik zou dan ook willen voorstellen om in het uitzonderlijke geval dat de verkoper zich hierop beroept, de vordering tot aflevering analoog aan de slotwoorden van sub b (herstel) en sub c (vervanging) dan wel via de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2) te toetsen aan het proportionaliteitsbeginsel. Gelet op het feit dat als uitgangspunt geldt dat de koper recht heeft op aflevering van het ontbrekende, moet (ook hier) worden aangenomen dat de proportionaliteitstoetsing slechts bij hoge uitzondering, in sprekende gevallen, aan de afleveringsvordering in de weg zal staan.

Vastgesteld kan dus worden dat het wettelijk stelsel ten aanzien van de proportionaliteit van de nakomingsremedie grotendeels consistent is. Zo is gebleken dat de nakomingsvordering van het algemene verbintenissenrecht strandt als nakoming (absoluut gezien onmogelijk is of) het belang van de schuldenaar onevenredig zwaar zou aantasten. Evenzo staat een bijzondere nakomingsvordering van art. 7:20-21 de schuldeiser (de koper) niet ter beschikking indien deze nakomingsvorm (in absoluut opzicht onmogelijk is dan wel) van de schuldenaar niet kan worden gevergd wegens de onevenredig grote offers die dit voor hem zou meebrengen. De schuldenaar kan de proportionaliteitstoetsing dus inroepen zowel wanneer de nakomingsvordering haar grondslag vindt in het algemene verbintenissenrecht als wanneer zij gebaseerd is op art. 7:20-21.

Van consistentie is, ik gaf het al aan, ‘grotendeels’ sprake. Zo lijkt het proportionaliteitsbeginsel geen invloed te hebben bij de vorderingen tot herstel en vervanging ingeval van een consumentenkoop. Weliswaar bepaalt het vierde lid van art. 7:21 dat herstel en vervanging bij een consumentenkoop niet kan worden gevorderd als zij (onmogelijk zijn of) van de verkoper niet gevergd kunnen worden, maar het vijfde lid geeft hieraan een dusdanig nadere invulling dat ten aanzien van deze vorderingen slechts een (interne en externe) subsidiariteitstoetsing mogelijk is. Strikte toepassing van deze bepalingen impliceert derhalve dat de verkoper ingeval van een consumentenkoop zich niet erop kan beroepen dat het gevorderde herstel of de gevorderde vervanging onevenredig zware gevolgen voor hem heeft. Voor het ontbreken van de mogelijkheid om een beroep te doen op de proportionaliteitstoetsing ‘in strikte zin’ bestaat echter geen enkele grond. Ik heb dan ook verdedigd dat aangesloten moet worden bij hetgeen geldt ten aanzien van de overige nakomingsvorderingen van art. 7:20-21 en de nakomingsvordering van het algemene verbintenissenrecht. Deze aansluiting is mogelijk wanneer het vijfde lid van art. 7:21 niet als een *invulling* van het vierde lid, maar als een *aanvulling* daarop wordt beschouwd. Alsdan kan de verkoper op grond van het ‘op zichzelf staande’ vierde lid de proportionaliteitstoetsing inroepen. Een dergelijke toepassing is in het licht van de richtlijn consumentenkoop toegestaan.

Consistentie heerst er ook ten aanzien van de mate waarin het proportionaliteitsbeginsel aan de nakoming in de weg kan staan. Zo is het in het algemene verbintenissenrecht geldende uitgangspunt dat de schuldeiser (krachtens de verbintenis) eerst en vooral recht heeft op nakoming naar de bijzondere nakomingsvormen doorgetrokken, hetgeen meebrengt dat ook deze nakomingsvorderingen slechts in uitzonderlijke

gevallen op het proportionaliteitsbeginsel kunnen afketsen, de vordering tot opheffing, aflevering van het ontbrekende, herstel en vervanging is dus doorgaans proportioneel. Zoals bij de algemene nakomingsvordering al is besproken, is deze beperkte 'vangnet-functie' van het proportionaliteitsbeginsel naar mijn idee alleszins juist.⁴⁷

11.7 Tot slot: een wettelijke regeling voor de remedie van nakoming

De schuldeiser die geconfronteerd wordt met een tekortkoming, is eerst en vooral aangewezen op toepassing van de nakomingsremedie. Deze regel kan niet genoeg benadrukt worden. Zo heeft dit onderzoek in de eerste plaats aangetoond dat in het wettelijk systeem een hiërarchie tussen de remedies is aangebracht, waarbij aan de nakoming de primaire positie is toegekend. Daarbij komt dat in het onderhavige hoofdstuk is gebleken dat het proportionaliteitsbeginsel slechts in zeldzame gevallen aan de uitoefening van de nakomingsremedie in de weg zal staan, in de regel is nakoming proportioneel, en dus de aangewezen remedie. Daarmee neemt de nakoming in het remediearsenaal een unieke en belangrijke plaats in. Reeds om die reden zou zij dan ook een plaats in het algemene verbintenissenrecht verdienen. Het argument dat het recht op nakoming al uit de verbintenis voortspuit en het bestaan van de nakoming als remedie voor een tekortkoming daarom zozeer voor de hand ligt dat zij geen wettelijke grondslag behoeft, kan men hieraan niet afdoen. Temeer niet, nu in dit onderzoek tevens naar voren is gekomen dat op dit 'zo vanzelfsprekende' recht op nakoming uitzonderingen bestaan. Zo wordt nakoming als (relatief) onmogelijk aangemerkt als zij het belang van de schuldeiser niet afdoende kan behartigen. In dat geval kan de schuldeiser, in afwijking van het wettelijk uitgangspunt, direct zijn heil zoeken bij de remedies van schadevergoeding en/of ontbinding. Is hiervan géén sprake en gaat de schuldeiser ingevolge de hoofdregel over tot toepassing van de nakomingsremedie, dan kunnen zich evenzeer (door de schuldenaar in te roepen) uitzonderingen voordoen. Zo kan de gevraagde nakoming afstuiten op het interne subsidiariteitsbeginsel wanneer er een minder vergaande wijze van nakoming voorhanden is die het belang van de schuldeiser evengoed kan behartigen. Evenzo is de weg van nakoming afgesneden (zij het slechts in bijzondere gevallen) indien nakoming, wegens de onevenredig zware offers die zij van de schuldenaar vergt, in strijd komt met het proportionaliteitsbeginsel.

Aangezien de nakomingsremedie niet in de wet is opgenomen, hangen de uitzonderingen die het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel op de nakoming kunnen aanbrengen als het ware in de lucht en zijn zij als zodanig nogal onzichtbaar. Zo is gebleken dat de genoemde uitzonderingen op het recht op nakoming schuilgaan achter de noemer van de (relatieve) onmogelijkheid van nakoming dan wel achter de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Daarentegen zijn de (subsidiare) remedies van ontbinding en schadevergoeding wél in de wet neergelegd en van uitzonderingsclausules voorzien. Voor een in dit opzicht afwijkende behandeling van de nakomingsremedie

47 Zie § 11.5

zie ik geen (goede) grond. Integendeel. Juist met het oog op het primaire karakter van de nakoming enerzijds en de op de nakoming genoemde uitzonderingen anderzijds, verdient het mijns inziens aanbeveling (ook) deze remedie van een wettelijke regeling te voorzien. Als suggestie voor een wettelijke bepaling zou kunnen dienen:

‘Ingeval van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis heeft de schuldeiser recht op nakoming, tenzij nakoming onmogelijk is of de gevraagde wijze van nakoming redelijkerwijs niet van de schuldenaar kan worden geleverd.’

Wanneer men overgaat tot het in de wet opnemen van de nakoming als remedie voor wanprestatie, dan zou het logisch zijn de bepaling te plaatsen vooraan in afdeling 6.1.9: ‘De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis’ (art. 6:73a). Om misverstanden te voorkomen, zou het daarnaast aanbeveling verdienen in de memorie van toelichting op deze nakomingsbepaling op te merken dat de schuldeiser reeds krachtens de verbintenis het recht toekomt op nakoming, maar dat met het vooropstellen van de bepaling in afd. 6.1.9 beoogd wordt duidelijk te maken dat de schuldeiser ingeval van een tekortkoming dit recht op nakoming in verhouding tot het recht op schadevergoeding (art. 6:74) en het recht op ontbinding (art. 6:265) in de regel éérs dient uit te oefenen; waarbij aangetekend kan worden dat deze rangorde overigens reeds besloten ligt in het verzuim- annex ingebrekestellingsvereiste van het tweede lid van art. 6:74 en art. 6:265.

Daarnaast verdient in de toelichting opmerking dat de in de bepaling neergelegde regel dat de teleurgestelde schuldeiser eerst en vooral recht heeft op nakoming uitzonderingen kent, hetgeen tot uitdrukking komt in de tenzij-clausule. In dat verband moet erop worden gewezen dat het geval zich kan voordoen dat de nakomingsremedie het belang van de schuldeiser niet afdoende kan dienen. Alsdan moet de nakoming (relatief) onmogelijk worden geoordeeld en kan de schuldeiser terstond overgaan tot uitoefening van de remedies van schadevergoeding (aangenomen dat de tekortkoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend) en/of ontbinding. Voorts dient te worden gesteld dat de tenzij-clausule (ook) door de schuldenaar kan worden ingeroepen ter afwering van de door de schuldeiser gevraagde nakoming. In dat kader kan hij ten eerste aanvoeren dat nakoming (inmiddels) absoluut onmogelijk is (geworden). Daarnaast kan hij stellen dat er in plaats van de gevraagde nakoming een minder vergaande wijze van nakoming voorhanden is die het belang van de schuldeiser evengoed kan dienen (toepassing van het interne subsidiariteitsbeginsel). Tot slot, zo moet worden aangetekend, kan de schuldenaar op grond van de tenzij-clausule betogen dat de gevraagde nakoming onevenredig grote offers van hem vergt (toepassing van het proportionaliteitsbeginsel). Daarbij moet de toelichting opmerken dat ten aanzien van de kans van slagen van één van deze verweren, men zich moet realiseren dat bovenal geldt dat verbintenissen moeten worden nagekomen (‘pacta sunt servanda’), zodat het beroep van de schuldenaar op de tenzij-clausule slechts in bijzondere gevallen zal kunnen slagen.

Het opnemen van een wettelijke regeling voor de nakomingsremedie voorzien van de bovenstaande opmerkingen in de memorie van toelichting, zou naar mijn idee

de duidelijkheid en hanteerbaarheid van het remediearsenaal zeer ten goede komen. Mocht het echter zover niet komen, dan geldt dat men bij de toepassing van het remediearsenaal het voorgaande als leidraad moet hanteren.

Deel IV

Slotbeschouwing

12.1 Inleiding

In dit onderzoek zijn de remedies van ontbinding, schadevergoeding en nakoming geanalyseerd aan de hand van de (uit het straf(proces)- en bestuursrecht afkomstige) beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Zoals in hoofdstuk 1 al is opgemerkt, is voor deze subsidiariteits- en proportionaliteitsanalyse gekozen nadat was gebleken dat wanneer een rechthebbende in het straf-, strafproces- en het bestuursrecht ter behartiging van een bepaald belang de beschikking heeft over en kan kiezen uit een arsenaal aan bevoegdheden, de te verrichten belangenafweging plaatsvindt aan de hand van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Hantering van deze beginselen, zo bleek na onderzoek van de genoemde rechtsgebieden, maakt de te verrichten belangenafweging niet alleen inzichtelijker en transparanter, maar zorgt tevens ervoor dat zij zuiver en op een evenwichtige wijze plaatsvindt. Bovendien kan het analyseren van een arsenaal aan bevoegdheden/remedies op grond van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een zekere ordening aan het licht brengen.

Juist met het oog op deze betekenis van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in het straf-, strafproces- en bestuursrecht, en gelet op het gegeven dat men ook in het civiele contractenrecht bij de keuze uit een arsenaal aan bevoegdheden/remedies tot op zekere hoogte rekening moet houden met de belangen van anderen die erbij zijn betrokken of erdoor kunnen worden geraakt, is onderzocht in hoeverre de beginselen van waarde (kunnen) zijn voor het remediearsenaal voor wanprestatie.

Zo is met behulp van het *externe* subsidiariteitsbeginsel vastgesteld of, en zo ja, in hoeverre er een onderlinge verhouding bestaat tussen de remedies van ontbinding, schadevergoeding en nakoming. Dit beginsel vereist namelijk dat uit een arsenaal *de minst vergaande remedie* dient te worden gekozen, *mits* zij het beoogde belang evengoed kan dienen als de meer ingrijpende remedie(s).

De verhouding tussen de verschillende wijzen van uitoefening van een bepaalde remedie kan vervolgens worden bepaald aan de hand van het *interne* subsidiariteitsbeginsel. Dit beginsel brengt mee dat de *minst ingrijpende wijze van uitoefening* van een remedie moet worden gekozen, *althans* zolang daarmee het beoogde belang afdoende kan worden gediend.

Ten slotte kan het proportionaliteitsbeginsel een correctie aanbrengen op de ordening die door het (externe en interne) subsidiariteitsbeginsel is aangebracht, en wel wanneer – gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval – het belang

van de wederpartij door de gekozen (wijze van uitoefening van een) remedie alsnog onevenredig zwaar wordt getroffen

Wanneer nu het arsenaal van remedies voor wanprestatie aan deze subsidiariteits- en proportionaliteitsanalyse wordt onderworpen, treedt naar voren dat de wet op dit punt (grotendeels) in overeenstemming is met hetgeen de beginselen meebrengen. Anders dan tot nu toe algemeen wordt aangenomen, blijkt aan het remediearsenaal voor wanprestatie een zekere ordening ten grondslag te liggen waardoor de teleurgestelde schuldeiser géén volledige vrijheid geniet in zijn keuze voor (een bepaalde wijze van uitoefening van) ontbinding, schadevergoeding en/of nakoming. In zoverre is de kritiek die in de literatuur (door de aanhangers van de moderne benadering) op de keuzevrijheid van de schuldeiser is geuit en de beperkingen of nuanceringen die in dat kader zijn voorgesteld, dus ‘overbodig’. Sterker nog, de voorgestane beperkingen en nuanceringen – die in wezen uitdrukking vormen van (een afweging aan) de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit – liggen voor een groot deel reeds in de wet besloten. Zoals in de vorige hoofdstukken naar voren is gekomen, kent de wet ten aanzien van de remedies voor wanprestatie namelijk het volgende systeem:

I De onderlinge verhouding tussen de remedies van ontbinding, schadevergoeding en nakoming de invloed van het externe subsidiariteitsbeginsel

12.2 Belang van het onderscheid tussen hoofdremedie(s) en aanvullende remedie

De onderlinge verhouding tussen de remedies van ontbinding, schadevergoeding en nakoming kan, als gezegd, worden vastgesteld met behulp van het externe subsidiariteitsbeginsel. Dit beginsel vergt dat uit een arsenaal aan remedies de minst vergaande remedie dient te worden gekozen, mits zij het beoogde belang (doel) evengoed kan dienen als de meer ingrijpende remedie(s). Bezien vanuit deze doel-middelafweging is van groot belang dat de remedies hetzelfde belang (doel) beogen te dienen en derhalve inwisselbaar zijn. Bij de remedies voor wanprestatie is hiervan sprake ten aanzien van ontbinding, *vervangende* schadevergoeding en nakoming. Deze drie remedies staan op een gelijk niveau, nu zij elk ten doel hebben het nadeel weg te nemen dat de schuldeiser lijdt doordat hij niet de (correcte) prestatie verkrijgt, maar geconfronteerd wordt met een algehele of gedeeltelijke (toerekenbare) tekortkoming. Omdat ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming bij uitstek de remedies voor wanprestatie zijn, duid ik deze remedies aan als *hoofdremedies*.

Een aparte rol vervult daarentegen de *aanvullende* schadevergoedingsremedie. Zij heeft namelijk ‘enkel’ ten doel het nadeel te vereffenen dat het *gevolg* is van de (toerekenbare) tekortkoming, voor het nadeel dat bestaat uit de (toerekenbare) tekortkoming zelf. Zij biedt geen soelaas. Deze schadevergoedingsremedie kan dan ook ‘bovenop’ de remedies van ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming worden toegepast. Aldus vult zij de toepassing van een hoofdremedie aan, zij vormt daarvoor echter nimmer een alternatief en is dus niet inwisselbaar. Bezien vanuit het

externe subsidiariteitsbeginsel betekent dit dat tussen de remedie van aanvullende schadevergoeding enerzijds en de hoofdremedies van ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming anderzijds nimmer een rangorde zal (kunnen) bestaan

12.3 Hoofregel: nakoming is de primaire remedie

Als gezegd, vormen de remedies van ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming wel elkaars alternatief, zodat tussen deze (hoofd)remedies dus wel een rangorde kan bestaan. Algemeen wordt aangenomen dat voor de tekortschietende schuldenaar ontbinding de meest en nakoming de minst ingrijpende remedie is. De remedie van vervangende schadevergoeding neemt een tussenpositie in. Voor het externe subsidiariteitsbeginsel betekent dit dat de getroffen contractant niet kan kiezen voor toepassing van de verdergaande remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding, wanneer de minder ingrijpende nakomingsremedie het nadeel dat bestaat uit de wanprestatie evengoed kan wegnemen. Nu nakoming voor de wanprestatie meestal een afdoende remedie is, impliceert dit dat ontbinding en vervangende schadevergoeding in beginsel subsidiair zijn aan nakoming. Met andere woorden: volgens het externe subsidiariteitsbeginsel geldt als hoofregel dat nakoming de primaire remedie is.

Deze rangorde tussen de remedies van ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming is ook in het wettelijk stelsel tot uitgangspunt genomen. Zo kan de contractant die geconfronteerd wordt met een toerekenbare tekortkoming in het algemeen niet direct overgaan tot het vorderen van ontbinding of vervangende schadevergoeding, maar is hij eerst aangewezen op toepassing van de nakomingsremedie. Dit wordt bewerkstelligd door het verzuimvereiste zoals dit voor ontbinding is neergelegd in het tweede lid van art. 6:265 en voor vervangende schadevergoeding in het tweede lid van art. 6:74 (alsmede in art. 6:87 lid 1). Op grond van deze bepalingen heeft de schuldeiser pas recht op ontbinding resp. vervangende schadevergoeding, als de schuldenaar in verzuim is geraakt. Van verzuim is in het algemeen sprake als de schuldenaar via een ingebrekestelling een redelijke termijn voor nakoming is geboden en (correcte) nakoming binnen deze termijn uitblijft (art. 6:82 lid 1). Als gevolg van het verzuim- annex ingebrekestellingsvereiste heeft de schuldeiser dus pas de beschikking over de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding wanneer hij eerst, tevergeefs, de nakomingsremedie heeft beproefd.

Geconstateerd kan daarmee worden dat in het wettelijk systeem tussen de hoofdremedies een hiërarchie is aangebracht. overeenkomstig het externe subsidiariteitsbeginsel geldt als hoofregel dat nakoming de primaire remedie is. Deze hoofregel kent bovendien een principieel karakter. Zo is de wettelijke vooropstelling van de nakomingsremedie niet alleen ingegeven door de (externe subsidiariteits)gedachte dat ontbinding en vervangende schadevergoeding in de regel verdergaand zijn dan nakoming, maar valt zij evenzeer terug te voeren op het – voor ons contractenrecht zo wezenlijke – principe dat overeenkomsten dienen te worden nagekomen ('*pacta sunt servanda*'). Daarom ook wordt ervan uitgegaan dat nakoming de schuldeiser niet zozeer

toekomst als gevolg van de (toerekenbare) tekortkoming (zoals het geval is bij ontbinding en vervangende schadevergoeding), maar haar grondslag (reeds) vindt in de verbintenis, mét het bestaan van de verbintenis is het recht op nakoming gegeven. Nu de schuldeiser altijd al recht heeft op nakoming, heeft hij dit dus óók (krachtens de verbintenis) ingeval van een (toerekenbare) tekortkoming. Dit wordt – kennelijk – dermate voor de hand liggend geacht dat de nakomingsremedie, ondanks haar primaire en principiële positie, niet in het algemene verbintenissenrecht is opgenomen.

12.4 Uitzonderingen op de hoofdregel

Zoals geldt voor vrijwel elke regel, moet ook de hoofdregel dat nakoming de primaire remedie is en ontbinding en vervangende schadevergoeding hieraan subsidiair zijn, in een aantal opzichten genuanceerd worden

12.4.1 *Nakoming vormt geen afdoende remedie*

De eerste categorie nuanceringen vloeit voort uit het externe subsidiariteitsbeginsel. Volgens dit beginsel is een verderstreckende remedie niet subsidiair maar kan zij direct worden toegepast, wanneer de minder ingrijpende remedie het beoogde belang niet (evengoed) kan bereiken. Teruggekoppeld naar de hoofdremedies voor wanprestatie betekent dit dat ontbinding en vervangende schadevergoeding niet subsidiair zijn aan nakoming, wanneer nakoming het nadeel dat bestaat uit de (toerekenbare) tekortkoming niet (adequaat) kan wegnemen. Alsdan vormt nakoming immers geen (afdoende) remedie voor de geleden wanprestatie. Op deze, in het beginsel besloten liggende, gedachte zijn de volgende in de wet en rechtspraak genoemde (uitzonderings)gevallen terug te voeren: (a) blijvende of tijdelijke onmogelijkheid van nakoming, (b) houding van de schuldenaar, (c) mededeling van de schuldenaar, (d) de aanwezigheid van een nood- of spoedeisende situatie, (e) vergeefse poging(en) tot nakoming, (f) gedragingen van de schuldenaar achteraf, (g) tekortkoming in de nakoming van een voortdurende overeenkomst en (h) het bestaan van zeer omvangrijke bijkomende schade.¹

Enige toelichting behoeft hier de uitzonderingscategorie genoemd onder (a) blijvende of tijdelijke onmogelijkheid van nakoming. Zo wordt algemeen aangenomen dat sprake is van blijvende onmogelijkheid van nakoming wanneer zij niet alleen in *absolute* zin maar ook in *relatieve* zin onmogelijk is. Van absolute onmogelijkheid is sprake als het voor de schuldenaar werkelijk onmogelijk is om alsnog (behoorlijk) na te komen. Een voorbeeld betreft het geval waarin een Chinese vaas vlak voor de levering in duizend scherven uiteenvalt. Het is dan objectief gezien ondenkbaar dat de prestatie nog zal kunnen worden verricht; nakoming is volstrekt onmogelijk.

¹ Zie uitgebreid hierover § 3.3 en § 4.2

Bij relatieve onmogelijkheid is nakoming in absolute zin weliswaar mogelijk, maar moet het verrichten van de prestatie als onmogelijk worden aangemerkt gelet op het belang van de schuldenaar dan wel gelet op het belang van de schuldeiser. Zo vermindert het belang van de schuldenaar nakoming, wanneer de prestatie in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd wegens de onevenredig grote offers die dit voor hem meebrengt. Dit betekent dus dat nakoming blijvend onmogelijk geoordeeld wordt omdat er onevenredigheid bestaat tussen het met de nakomingsremedie te dienen belang van de schuldeiser en het daardoor te schaden belang van de schuldenaar. In dat geval is het dus niet de 'objectieve werkelijkheid', maar het proportionaliteitsbeginsel dat een belemmering vormt voor nakoming (zie nader hierover § 12.4.3).

Als gezegd, wordt daarnaast aangenomen dat er sprake is van (relatief) blijvende onmogelijkheid van nakoming wanneer het belang van de schuldeiser zich tegen nakoming verzet. Dit is het geval wanneer nakoming zijn geschonden belang niet, of niet afdoende, kan dienen. Het standaardvoorbeeld waarin de alsnog-nakoming voor de schuldeiser geen zin meer heeft, betreft de verbintenis tot levering van een bruidsjurk of –taart. Is de schuldenaar in de nakoming van deze verbintenis tekortgeschoten en er op de huwelijksdag geen (correcte) jurk of taart is afgeleverd, dan kan het nadeel dat bestaat uit deze tekortkoming niet meer worden weggenomen door na de huwelijksdag alsnog correct te presteren, daarom wordt nakoming als blijvend onmogelijk aangemerkt.

Maar ook wanneer nakoming niet blijvend maar *tijdelijk* onmogelijk is, is de schuldeiser volgens het externe subsidiariteitsbeginsel niet eerst aangewezen op de nakomingsremedie maar kan hij meteen overgaan tot het vorderen van ontbinding en vervangende schadevergoeding. Ook dan geldt immers dat gedurende de (tijdelijke) periode dat nakoming niet mogelijk is, deze (minst vergaande) remedie het belang van de schuldeiser niet kan dienen zoals de (verderstreckende) remedies van ontbinding en schadevergoeding dat kunnen. Alsdan kan van subsidiariteit dus geen sprake zijn.

12.4.2 'Ware' uitzonderingen

De bovengenoemde uitzonderingen – (a) tot en met (h) – op de hoofdregel dat nakoming de primaire remedie is, liggen, als gezegd, besloten in het externe subsidiariteitsbeginsel zelf nu zij alle impliceren dat nakoming geen afdoende remedie vormt. De wet (de verzuimregeling) kent evenwel ook een drietal 'ware' uitzonderingen op de subsidiariteitshoofdregel. Deze zullen hieronder kort worden besproken.

(a) *Fatale termijn*

De eerste, voor de praktijk zeer belangrijke, uitzondering is neergelegd in art. 6:83 onder a. Volgens deze bepaling treedt het verzuim zonder ingebrekestelling van rechtswege in 'wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft'. Wanneer er dus in de overeenkomst een termijn voor nakoming is bepaald en de schuldenaar niet binnen deze termijn (correct) presteert, dan kan de schuldeiser

(terstond) ontbinding of vervangende schadevergoeding vorderen, ook al kan de tekortschietende schuldenaar de prestatie nog verrichten. Een aan de verbintenis toegevoegde tijdsbepaling snijdt de werking van het externe subsidiariteitsbeginsel dus rigoureuus af. de nakomingsremedie hoeft niet eerst nog te worden beproefd, de termijn is fataal.

Deze 'ware' uitzondering op de subsidiariteitshoofregel is naar mijn mening juist de praktijk kan behoefte hebben aan rechtszekerheid die hiern bestaat dat de schuldeiser ervan uit kan gaan dat hij na het verloop van de contractuele termijn zonder verdere aanmaningen van zijn tekortschietende wederpartij af kan en zich vervolgens elders kan indekken. Bovendien weet de schuldenaar die een dergelijke termijn aanvaardt, van tevoren waar hij aan toe is, namelijk dat tijdige en correcte nakoming voor de schuldeiser van groot belang is. Over deze vrijheid moeten partijen naar mijn mening kunnen beschikken, ook al gaat dit ten koste van het externe subsidiariteitsbeginsel.

(b) Rechtsverwerking

Het verzuim treedt evenzeer zonder ingebrekestelling van rechtswege in, wanneer de schuldenaar (uitdrukkelijk of stilzwijgend) erkend heeft dat hij in verzuim is of de schuldeiser ontslagen heeft van het uitbrengen van een ingebrekestelling. Zo wordt algemeen aangenomen dat de schuldenaar in dat geval zijn recht verwerkt heeft om zich op het uitblijven van een ingebrekestelling te beroepen. Dit betekent dus dat de schuldeiser direct kan overgaan tot ontbinding of het vorderen van vervangende schadevergoeding, ongeacht of nakoming nog mogelijk is.

Ook deze afwijking van het externe subsidiariteitsbeginsel is m.i. goed verdedigbaar. De schuldeiser moet erop kunnen vertrouwen dat de schuldenaar die in eerste instantie de werking van het beginsel heeft prijsgegeven nadien niet alsnog een beroep daarop kan doen. Het externe subsidiariteitsbeginsel wordt dus terecht opgeofferd voor de bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen dat door 'toedoen' van de schuldenaar bij de schuldeiser is ontstaan.

(c) Opzettelijke wanprestatie

Een andere situatie waarin de schuldenaar door zijn eigen handelwijze een beroep op de externe subsidiariteitshoofregel moet missen, betreft het geval waarin de schuldenaar *opzettelijk* wanprestatie heeft gepleegd. Degene die namelijk bewust probeert met een gebrekkige prestatie te volstaan, kan daarna niet stellen dat een ingebrekestelling ontbreekt waardoor hij alsnog correct zou kunnen nakomen. Wanneer de schuldeiser dus kan bewijzen dat van opzettelijke wanprestatie sprake is, dient hij niet eerst de nakomingsremedie te beproeven maar kan hij onmiddellijk kiezen voor ontbinding of vervangende schadevergoeding.

Aan deze uitzondering op de hoofregel dient volgens mij evenzeer te worden vastgehouden, nu de schuldenaar die willens en wetens verkeerd presteert het aan zichzelf te wijten heeft dat hij (direct) geconfronteerd wordt met ontbinding of vervangende schadevergoeding en niet alsnog een kans tot behoorlijke nakoming krijgt.

12 4 3 Nakoming is disproportioneel

Zoals in de inleidende paragraaf al is aangegeven, kan het proportionaliteitsbeginsel alsnog een correctie aanbrengen op de rangorde tussen de remedies, zoals deze voortvloeit uit het (externe en interne) subsidiariteitsbeginsel. Zo ontstijgen de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding hun subsidiaire positie, wanneer nakoming, hoewel *prima facie* de aangewezen remedie, het belang van de schuldenaar niettemin onevenredig zwaar zou treffen. Hiervoor in § 12 4 1 kwam al aan de orde dat de schuldenaar namelijk een beroep op het proportionaliteitsbeginsel kan doen door te stellen dat nakoming gelet op zijn belang relatief onmogelijk is. Maar dit is niet de enige manier. Daarnaast kan de schuldenaar, blijkens de jurisprudentie en literatuur, de proportionaliteitstoetsing inroepen door aan te voeren dat nakoming gelet op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat de proportionaliteitstoetsing pas moet worden verricht als de schuldenaar zich hierop beroept, volgt uit het feit dat tot (wettelijk) uitgangspunt is genomen dat de schuldeiser *recht* heeft op nakoming en daartoe enkel het bestaan van de verbintenis hoeft aan te tonen. Het is dan vervolgens aan de schuldenaar om te stellen dat nakoming van zijn verbintenis niet van hem kan worden gevergd nu zij onevenredig nadelige gevolgen voor hem meebrengt.

Dit onderzoek heeft aangetoond dat aan het uitgangspunt dat de schuldeiser recht heeft op nakoming, (vrij) strikt wordt vastgehouden.² De invloed van het proportionaliteitsbeginsel bij de nakomingsremedie (via de onmogelijkheid van nakoming dan wel via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) is dan ook zeer bescheiden, het vervult slechts de functie van een 'vangnet', nu het ertoe strekt excessen, uitzonderlijke gevallen van 'flagrante' disproportionaliteit, op te vangen en te voorkomen. Deze beperkte 'vangnet-functie' van het proportionaliteitsbeginsel is naar mijn idee alleszins juist. Zo is dit in overeenstemming met de wijze waarop de wetgever de nakoming heeft gerangschikt in het arsenaal van remedies. Als gezegd, is nakoming in verhouding tot ontbinding en vervangende schadevergoeding de primaire remedie. Hiervoor gaf ik al aan dat dit in overeenstemming is met het externe subsidiariteitsbeginsel, alsmede met het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen ('*pacta sunt servanda*'). Dit betekent dus dat de schuldeiser ingeval van een (toerekenbare) tekortkoming eerst en vooral recht heeft op nakoming. Dat het proportionaliteitsbeginsel alleen in sprekende gevallen een uitzondering op dit recht kan aanbrengen, dient dus de rechtszekerheid en daarmee de hantering van het remediarsenaal in de praktijk. Daarbij komt dat (ook) de nakomingsremedie onderworpen is aan het interne subsidiariteitsbeginsel (zie hierover nader § 12 9). Nu dit beginsel ziet op de proportionaliteit van *de wijze van uitoefening* van een remedie, en aldus een onderdeel vormt van de 'algemene' proportionaliteitsgedachte, gaat deze afweging logischerwijze vóóraf aan de toetsing van de nakoming aan het proportionaliteitsbeginsel ('in strikte zin'),

2 Zie hoofdstuk 11

reeds vaststaat dat zij vanuit intern subsidiariteitsoogpunt gerechtvaardigd is, aangenomen moet derhalve worden dat een minder vergaande nakomingswijze niet voorhanden is dan wel reeds tevergeefs is uitgeoefend. Ook vanuit dit oogpunt moet dus worden vastgehouden aan het uitgangspunt dat de (primaire) nakomingsremedie proportioneel is.

12.5 Een wettelijke regeling voor de remedie van nakoming

In het voorgaande is geconstateerd dat de remedie van nakoming in het wettelijk systeem de primaire positie is toegekend en dat het proportionaliteitsbeginsel slechts in zeldzame gevallen aan de uitoefening van de nakomingsremedie in de weg zal (kunnen) staan. Daarmee neemt de nakoming in het remediearsenaal (terecht) een unieke en belangrijke positie in. Reeds om die reden zou zij dan ook een plaats in het algemene verbintenissenrecht verdienen. Het argument dat het recht op nakoming al uit de verbintenis voortspuit en het bestaan van nakoming als remedie voor wanprestatie daarom zozeer voor de hand ligt dat zij geen wettelijke grondslag behoeft, kan m.i. hieraan niet afdoen. Temeer niet, nu op dit ‘zo vanzelfsprekende’ recht op nakoming uitzonderingen bestaan (zie § 12.4.1-§ 12.4.2). In dat geval kan de schuldeiser, in afwijking van het wettelijk uitgangspunt, dus direct zijn heil zoeken bij de remedies van ontbinding of vervangende schadevergoeding. Evenzo is de weg van nakoming afgesneden (zij het slechts in uitzonderlijke gevallen) als nakoming, wegens de onevenredig zware offers die zij van de schuldenaar vergt, in strijd komt met het proportionaliteitsbeginsel (zie § 12.4.3). Verder kan de vordering tot nakoming nog afstuiten op het interne subsidiariteitsbeginsel. In dat geval, zo zal hierna in § 12.9 aan de orde komen, wordt de door de schuldeiser gevraagde wijze van nakoming belet door het bestaan van een minder vergaande wijze van nakoming die zijn nadeel evengoed kan wegnemen.

Nu de nakomingsremedie, als gezegd, niet in de wet is opgenomen, hangen de uitzonderingen die het (externe en interne) subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel op de nakoming kunnen aanbrengen als het ware in de lucht en zijn zij als zodanig nogal onzichtbaar. Daarentegen zijn de (subsidiare) remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding wél in de wet neergelegd en van uitzonderingsclausules voorzien. Voor een in dit opzicht afwijkende behandeling van de nakomingsremedie zie ik geen (goede) grond. Integendeel. Juist met het oog op het primaire karakter van de nakoming enerzijds en de op de nakoming genoemde uitzonderingen anderzijds, verdient het mijns inziens aanbeveling (ook) deze remedie van een wettelijke regeling te voorzien. In § 11.7 heb ik een suggestie gedaan voor een wettelijke bepaling. Daarbij is tevens een voorstel gedaan voor de plaats waar deze bepaling zou moeten worden opgenomen, alsmede voor een aantal in de toelichting op te nemen opmerkingen.

12.6 Omslagpunt: het externe subsidiariteitsbeginsel uitgewerkt

Wanneer nu de schuldeiser conform de hoofdregel de nakomingsremedie heeft beproefd maar de schuldenaar nog altijd niet correct is nagekomen, komt vast te staan dat nakoming geen afdoende remedie is (gebleken). Dit betekent dus dat de minder vergaande (nakomings)remedie het geleden nadeel niet evengoed kan opheffen als de verdergaande remedies, zodat het externe subsidiariteitsbeginsel is uitgewerkt. Daarmee is nakoming volgens dit beginsel niet langer *primus inter pares* zodat de schuldeiser zijn heil vervolgens kan zoeken bij de verdergaande remedie van ontbinding of vervangende schadevergoeding.

Dit omslagpunt is ook in de wet tot uitgangspunt genomen. Als de schuldenaar de in de ingebrekestelling gestelde nakomingstermijn heeft laten verstrijken zonder alsnog (correct) na te komen, geraakt hij immers in verzuim waardoor de schuldeiser bevoegd wordt de overeenkomst te ontbinden (art. 6:265 lid 2 jo lid 1) dan wel de oorspronkelijke verbintenis van de schuldenaar om te zetten in een verbintenis tot schadevergoeding (art. 6:74 lid 2 jo 6:87 lid 1). Het bestaan van de minder vergaande nakomingsmogelijkheid lijkt daar dan niet (langer) aan af te doen. Althans in beginsel.

Zo wordt het genoemde omslagpunt in ons stelsel genuanceerd door de mogelijkheid tot zuivering van het verzuim (art. 6:86).³ Daartoe moet bedacht worden dat zolang de overeenkomst nog niet is ontbonden dan wel zolang de omzettingsverklaring de schuldenaar nog niet heeft bereikt, de oorspronkelijke, niet-nagekomen verbintenis van de schuldenaar nog bestaat. Dit betekent dat de in verzuim verkerende schuldenaar alsnog nakoming van deze verbintenis kan aanbieden, uiteraard gesteld dat nakoming niet inmiddels (absoluut of relatief) onmogelijk is geworden. Art. 6:86 bepaalt dat de schuldeiser een aanbod tot nakoming gedaan ná het intreden van het verzuim slechts kan weigeren, zolang de schuldenaar niet tevens betaling aanbiedt van de inmiddels verschuldigd geworden schade en kosten. Slaat de schuldeiser een met inachtneming van art. 6:86 gedaan aanbod niettemin af, dan geraakt hij in schuldeisersverzuim (art. 6:58). Hierdoor eindigt het verzuim van de schuldenaar (art. 6:61), hetgeen betekent dat de schuldeiser geen ontbinding of vervangende schadevergoeding meer kan vorderen. Daarmee blijkt dus dat het externe subsidiariteitsbeginsel de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding ook nog kan beheersen in de periode gelegen nádat het verzuim is ingetreden. Art. 6:86 brengt immers mee dat ontbinding en vervangende schadevergoeding subsidiair zijn aan nakoming gecombineerd mét (aanvullende) schadevergoeding.

De gedachte is dus kennelijk dat het belang van de schuldeiser door een combinatie van deze remedies afdoende wordt behartigd zolang de overeenkomst nog niet is ontbonden dan wel zolang de verbintenis nog niet is omgezet in een vervangende schadevergoedingsverbintenis. Dit lijkt mij terecht. Want mocht de prestatie voor de schuldeiser in een concreet geval van geen of onvoldoende nut meer zijn, dan moet nakoming (relatief) onmogelijk worden geoordeeld zodat zuivering van het verzuim

3 De mogelijkheid tot zuivering van het verzuim is behandeld in § 3.5, § 4.2 en uitvoering in § 5.3 t/m § 5.6.

niet (meer) mogelijk is. Dat de nakoming de schuldeiser slechts genoegzaam dient als zij wordt gecombineerd met aanvullende schadevergoeding is eveneens alleszins verklaarbaar. De aanvullende schade komt volgens art. 6:74 lid 2 jo lid 1 immers (evenzeer) voor vergoeding in aanmerking vanaf het moment dat het verzuim is ingetreden. Vanuit extern subsidiariteitsoogpunt betekent dit dus dat het nadeel dat de schuldeiser wegens de wanprestatie lijdt slechts afdoende wordt weggenomen, als de in verzuim verkerende schuldenaar náást nakoming tevens aanvullende schadevergoeding aanbiedt.

Als gezegd, gaat deze gelding van het externe subsidiariteitsbeginsel slechts op zolang de niet-nagekomen verbintenis nog bestaat. Ontbinding of omzetting van de verbintenis moet dus nog niet hebben plaatsgevonden. Dit betekent dat de schuldeiser de werking van art. 6:86, en daarmee van het externe subsidiariteitsbeginsel, heel gemakkelijk de pas kan afsnijden. Hij kan namelijk de ingebrekestelling combineren met de (voorwaardelijke) verklaring dat zodra de gestelde nakomingstermijn vruchteloos is verstreken, de ontbinding intreedt dan wel de oorspronkelijke verbintenis in een tot vervangende schadevergoeding is omgezet. Omdat de ontbinding resp. de omzetting in een vervangende schadevergoedingsverbintenis in een dergelijk geval tegelijkertijd met het intreden van het verzuim plaatsvindt, kan aldus op eenvoudige wijze worden voorkomen dat de schuldenaar een beroep doet op het externe subsidiariteitsbeginsel en zijn verzuim zuivert. Evenzeer zou het invoeren van het externe subsidiariteitsbeginsel kunnen worden verhinderd door de ingebrekestelling te combineren met een voorwaardelijke dagvaarding waarbij ontbinding of vervangende schadevergoeding gevorderd wordt. De omzetting in een schadevergoedingsverbintenis ligt dan in de dagvaarding besloten, terwijl volgens het slot van art. 6:269 een zuiveringsaanbod gedaan nadat de ontbindingsvordering is ingesteld geen werking heeft als deze vordering wordt toegewezen. Aldus blijkt dat de schuldeiser de mogelijkheid tot zuivering van het verzuim 'bij voorbaat' kan uitsluiten, zodat hij mét het intreden van het verzuim direct de beschikking heeft over de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding.

Kortom: wanneer de ontbindings- of omzettingsverklaring door de schuldenaar is ontvangen dan wel wanneer de vordering tot ontbinding dan wel tot vervangende schadevergoeding is ingesteld, kan een nadien gedaan aanbod tot nakoming met aanvullende schadevergoeding dus niet (langer) aan de ontbinding c.q. vervangende schadevergoeding in de weg staan. Nu wordt in de literatuur evenwel verdedigd dat het ná de verklaring of vordering gedane nakomingsaanbod met aanvullende schadevergoeding in uitzonderlijke gevallen toch nog een beletsel kan vormen voor ontbinding of vervangende schadevergoeding. Dit lijkt mij onjuist. Wanneer de verklaring eenmaal is ontvangen of de vordering is ingesteld, dan is mijns inziens het punt bereikt waarop het externe subsidiariteitsbeginsel plaats moet maken voor de rechtszekerheid. Dit geldt met name gelet op het belang van de schuldeiser. Hij heeft de minder vergaande weg van nakoming immers doorgaans al bewandeld, zij het tevergeefs. Daarna moet hij er van uit kunnen gaan dat ontbinding of vervangende schadevergoeding mogelijk is, zonder de kans te lopen dat zijn verklaring of vordering niet wordt geaccepteerd omdat de schuldenaar hierna alsnog een aanbod tot nakoming met aanvullende schade-

vergoeding heeft gedaan. Wordt dit namelijk aangenomen dan komt achteraf vast te staan dat de schuldeiser het (te late) aanbod ten onrechte heeft geweigerd, waardoor hij in schuldeisersverzuim geraakt met alle nadelige gevolgen van dien. De gevolgen van het 'oprekken' van het omslagpunt kunnen voor de schuldeiser dus ernstig zijn, terwijl anderzijds de schuldenaar zijn kans(en) al heeft gehad. Daarbij komt dat het ook gelet op het belang van de schuldenaar gewenst is dat er een moment is waarop ondubbelzinnig vaststaat dat ontbinding en vervangende schadevergoeding niet langer ondergeschikt zijn aan nakoming met aanvullende schadevergoeding. De schuldenaar weet dan namelijk ook waar hij aan toe is, zodat hij zich niet meer hoeft in te spannen om alsnog (behoorlijk) te kunnen nakomen in de hoop daarmee ontbinding of vervangende schadevergoeding af te wenden. Het is kortom irreëel en onredelijk om het externe subsidiariteitsbeginsel almaar te blijven doorvoeren, het moet wijken voor het belang van de rechtszekerheid. Het kan m.i. dan ook niet genoeg benadrukt worden dat naar huidig recht terecht geldt dat als de verklaring tot ontbinding of omzetting eenmaal is ontvangen dan wel de vordering tot ontbinding of omzetting eenmaal is ingesteld, de remedie van nakoming met aanvullende schadevergoeding de schuldeiser niet (langer) kan worden tegengeworpen. Vanaf dat moment is het omslagpunt bereikt: het externe subsidiariteitsbeginsel is uitgewerkt en de hoofdregel is niet langer van toepassing.

12.7 Aanvullende schadevergoeding nimmer subsidiair aan nakoming

Hiervoor – in § 12.2 – werd het al gesteld: nakoming enerzijds en aanvullende schadevergoeding anderzijds zijn gericht op de behartiging van verschillende belangen. Zo ziet de remedie van aanvullende schadevergoeding niet op het opheffen van het nadeel dat bestaat uit de wanprestatie zelf, maar is zij gericht op het wegnemen van nadeel dat een stap(je) verder ligt. Het gaat dan om het delgen van schade die het *gevolg* of het *resultaat* is van de wanprestatie. Deze schade kan bestaan uit bijkomende schade en/of vertragingschade. Het klassieke voorbeeld van bijkomende schade betreft het geval waarin een zieke koe wordt geleverd die vervolgens de gehele veestapel van de koper besmet. De schade die is toegebracht aan het overige vee van de koper wordt de bijkomende schade genoemd. Vertragingschade is de schade die de schuldeiser lijdt ten gevolge van een (toerekenbare) vertraging in de nakoming. In het voorbeeld van de geleverde zieke koe gaat het dan om de schade die de koper lijdt als gevolg van het feit dat hij niet (tijdig) kan beschikken over de melkopbrengst van de koe. Wanneer nu de koper zou overgaan tot toepassing van de nakomingsremedie wordt het nadeel dat eruit bestaat dat hij geen gezonde koe maar een zieke koe geleverd heeft gekregen (de toerekenbare tekortkoming) weliswaar 'geheeld', maar blijft hij zitten met de bijkomende schade en de vertragingschade. Immers, nakoming (de levering van een gezonde koe) neemt deze schadeposten niet weg; enkel de remedie van aanvullende schadevergoeding biedt voor de geleden bijkomende schade en vertragingschade soelaas. De nakomingsremedie vormt met andere woorden geen (minder vergaand) alternatief voor de remedie van aanvullende schadevergoeding.

Bezien vanuit het externe subsidiariteitsbeginsel betekent dit dat er nimmer sprake kan zijn van subsidiariteit van de aanvullende schadevergoeding in verhouding tot nakoming.⁴ De hoofdregel op grond waarvan nakoming de primaire remedie is, gaat dus niet op ten aanzien van de aanvullende schadevergoedingsremedie. Kort en goed geldt derhalve dat de schuldeiser onmiddellijk vergoeding kan vorderen van de door hem geleden bijkomende schade en verdragingschade.

Nu stelt de wet (het tweede lid van art. 6:74) algemeen voor schadeplichtigheid van de schuldenaar de eis van verzuim. Daarmee zou de subsidiariteitshoofdregel ook van toepassing zijn als het gaat om aanvullende schadevergoeding. Bij nadere beschouwing is dit evenwel slechts schijn.

Zo geldt volgens de heersende leer dat nakoming onmogelijk is als het gaat om bijkomende schade (de besmette veestapel van de koper).⁵ Dit heeft tot gevolg dat het verzuim- annex ingebrekestellingsvereiste van art. 6:74 lid 2 is uitgeschakeld (en daarmee de externe subsidiariteitshoofdregel), zodat de schuldeiser steeds onmiddellijk op grond van art. 6:74 lid 1 vergoeding van de geleden bijkomende schade kan vorderen. In de literatuur wordt in dit verband een nevenverbintenisconstructie gehanteerd; aangenomen wordt dat er náást de hoofdverbintenis (het leveren van een gezonde koe) een nevenverbintenis bestaat die als inhoud heeft dat de schuldenaar bij het uitvoeren van de hoofdverbintenis geen schade mag toebrengen aan de schuldeiser. Wanneer de wanpresterende schuldenaar bijkomende schade heeft toegebracht, staat vast dat nakoming van deze nevenverbintenis blijvend onmogelijk is en is het verzuimvereiste ex art. 6:74 lid 2 niet van toepassing.

Deze constructie wordt door mij verworpen, nu zij voor de ontbindingsremedie tot gevolg heeft dat het verzuimvereiste (en daarmee de subsidiariteitshoofdregel) ook daar zonder meer opzij wordt gezet.⁶ Dit betekent dat de schuldeiser op grond van de geleden bijkomende schade, in afwijking van de hoofdregel, onmiddellijk zou kunnen ontbinden. Dit lijkt mij onjuist. Zo kan ontbinding (een hoofdremedie) voor de geleden bijkomende schade nimmer een remedie zijn; immers, door eliminatie van de koopovereenkomst blijft de koper met de besmetting van zijn veestapel zitten. Nu bijkomende schade dus geen grondslag kan vormen voor ontbinding, kan zij daar als zodanig de externe subsidiariteitshoofdregel ook niet – klakkeloos⁷ – uitschakelen.

Daarom bepleit ik, in plaats van de nevenverbintenisconstructie, dat als het gaat om de vergoedingsremedie voor bijkomende schade nakoming gelet op het belang

4 Nu de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding op hetzelfde niveau staan als de nakomingsremedie, wordt daarmee tevens duidelijk dat de aanvullende schadevergoedingsremedie ook aan deze remedies nimmer subsidiair kan zijn.

5 Vgl. § 3.3.2 en § 4.3.1

6 Zie § 3.3.3.

7 Ik spreek hier van 'klakkeloos', omdat de geleden bijkomende schade wel een factor kan zijn ter invulling van de externe subsidiariteitsdoelstelling bij ontbinding. Zo is denkbaar dat de toegebrachte bijkomende schade dermate omvangrijk is dat daardoor de nakoming voor de schuldeiser volledig 'in het niet' komt te vallen. Alsdan kan nakoming zijn belang niet langer (afdoende) dienen, waardoor het externe subsidiariteitsbeginsel zelf meebrengt dat de schuldeiser rauwelijks kan ontbinden. Vgl. § 12:4 waar deze uitzondering wordt genoemd onder (h).

van de schuldeiser als (relatief) blijvend onmogelijk wordt aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat het verzuim(annex ingebrekestellings)vereiste van art. 6:74 lid 2 niet van toepassing is, zodat de schuldeiser steeds onmiddellijk op grond van art. 6:74 lid 1 vergoeding van de geleden bijkomende schade kan vorderen.

Gaat het daarentegen om verdragingschade dan is het verzuimvereiste volgens de heersende leer wél gewoon van toepassing, vóórdat daarvan vergoeding kan worden gevorderd, moet eerst een termijn voor nakoming worden geboden (art. 6:74 lid 2 jo art. 6:82 lid 1).⁸ In het licht van het vorenstaande wekt dit wellicht bevreemding. Zo zou ook hier gesteld kunnen worden dat de nakomingsremedie de geleden verdragingschade niet kan 'helen' en wel omdat ook dit nadeel een *gevolg* is van de (toerekenbare) tekortkoming en de nakoming louter het nadeel wegneemt dat bestaat uit de tekortkoming als zodanig. In het voorbeeld van de geleverde zieke koe zal de koper met de schade blijven zitten die hij lijdt als gevolg van het feit dat hij niet (tijdig) kan beschikken over de melkopbrengst van de koe, ook al wordt later alsnog een gezonde koe geleverd (nakoming). In lijn met hetgeen geldt ingeval van bijkomende schade, zou men dan ook kunnen menen dat nakoming (relatief) onmogelijk geoordeeld zou moeten worden gelet op het belang van de schuldeiser. Dit zou betekenen dat het verzuimvereiste van art. 6:74 lid 2 ook bij verdragingschade nimmer van toepassing zou zijn. Deze redenering is evenwel onjuist, nu het verzuimvereiste ten aanzien van verdragingschade een onmisbare, specifieke functie vervult. Dit heeft te maken met het feit dat zolang niet vaststaat tot op welk moment de schuldenaar uiterlijk kan presteren, er geen sprake kan zijn van verdragingschade. Het is het verzuimvereiste dat ervoor zorgt dat een dergelijk (nakomings)tijdstip wordt vastgesteld. Presteert de schuldenaar niet (behoorlijk) binnen de in de ingebrekestelling gestelde termijn, dan staat de verdraging vast en kan direct vergoeding worden gevorderd van de schade die vanaf dat moment ontstaat. Met het externe subsidiariteitsbeginsel heeft het verzuimvereiste bij deze schadepost dus niets van doen.

Is daarentegen wél een termijn voor nakoming afgesproken, dan is de verdraging een feit op het moment dat de schuldenaar niet (correct) binnen deze termijn presteert. Het verzuim- annex ingebrekestellingsvereiste als instrument ter vaststelling van een (nakomings)tijdstip is dan dus onnodig. Omdat nakoming, als gezegd, de verdragingschade niet kan wegnemen, moet de schuldeiser terstond vergoeding kunnen vorderen van deze schade en kan ingevolge het externe subsidiariteitsbeginsel van ondergeschiktheid aan de nakoming geen sprake zijn. Terecht bepaalt art. 6:83 onder a dan ook dat als een overeengekomen termijn voor nakoming is overschreden, het verzuim van rechtswege intreedt. Dit betekent dat de geleden verdragingschade onmiddellijk gevorderd kan worden, (ook) wanneer een termijn voor nakoming is afgesproken. De hoofdregel op grond waarvan nakoming de primaire remedie is, gaat dus evenmin op als het gaat om de vergoeding van verdragingschade.

12.8 De verhouding van ontbinding tot vervangende schadevergoeding

Als gezegd, wordt de onderlinge verhouding tussen de (hoofd)remedies ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming beheerst door de (subsidiariteits)hoofdregel op grond waarvan nakoming de primaire remedie is. Wanneer nu de schuldeiser conform deze regel de nakomingsremedie tevergeefs heeft toegepast, rijst vervolgens de vraag of hij zonder meer kan overgaan tot uitoefening van de (meest vergaande) remedie van ontbinding dan wel of hij is aangewezen op vervangende schadevergoeding.

Ik verdedig dat de schuldeiser vrij dient te zijn in zijn keuze tussen ontbinding of vervangende schadevergoeding.⁹ Ontbinding is in mijn visie dus nimmer subsidiair aan vervangende schadevergoeding. Ter rechtvaardiging hiervan geldt het volgende.

Bedacht moet worden dat aan één zijde van de (wederkerige) overeenkomst veelal een verbintenis staat tot het betalen van een som geld. Wanneer deze verbintenis tot betaling op de schuldeiser rust, zijn de gevolgen van de vervangende schadevergoedingsremedie 'even verstrekkend' als die van de ontbindingsremedie. Zo impliceert toepassing van de vervangende schadevergoedingsremedie in dat geval dat de karakteristieke prestatie van de schuldenaar wordt omgezet in de betaling van een som geld. Dit heeft tot gevolg dat 'de betaling van geld tegenover de betaling van geld kan worden weggestreept' en de overeenkomst eindigt. Voor de tekortschietende schuldenaar staan de ontbinding en de vervangende schadevergoeding daarmee als het ware op een gelijk niveau, de vervangende schadevergoeding vormt weliswaar een alternatief voor de ontbinding, maar levert in dat geval géén *minder vergaand* alternatief op. Volgens het externe subsidiariteitsbeginsel is dan dus geen sprake van een ondergeschikte verhouding.

Rust de verbintenis tot betaling van een geldsom daarentegen op de tekortschietende schuldenaar, dan vormt de vervangende schadevergoeding voor hem in het algemeen wél een minder vergaande remedie. Wanneer bijvoorbeeld de schuldenaar een antiek samoeraizwaard heeft gekocht voor €2.500 maar in verzuim verkeert met de betaling van dit bedrag, dan moet de schuldeiser indien hij gehouden zou zijn om in plaats van ontbinding vervangende schadevergoeding te vorderen, het zwaard leveren tegen betaling van de vervangende waarde van (niet-vernichte) prestatie van de schuldenaar. Deze waarde zal identiek zijn aan het overeengekomen bedrag van €2.500. Daarmee verkrijgt of behoudt de schuldenaar dus het zwaard tegen betaling van (de vervangende schadevergoeding ter hoogte van) €2.500. Uitoefening van de vervangende schadevergoedingsremedie leidt er in dit geval derhalve toe dat de overeenkomst alsnog wordt nagekomen, terwijl toepassing van de ontbindingsremedie tot gevolg heeft dat de overeenkomst van tafel wordt geveegd. Nu het resultaat van de vervangende schadevergoeding neerkomt op (wederzijdse) nakoming, heeft zij voor de schuldenaar dus wel degelijk minder vergaande gevolgen dan de ontbinding. Toch bepleit ik ook hier dat de schuldeiser vrij dient te zijn in zijn keuze tussen ontbinding of vervangende schadevergoeding en er geen sprake is van een subsidiariteitsverhouding. Daartoe valt te wijzen op de 'voorfase' waarin reeds met het belang van de schuldenaar

9 Zie § 5.7

rekening is gehouden, hem is immers op grond van het tweede lid van art. 6:265 jo het eerste lid van art. 6:82 al een kans tot nakoming geboden. Doordat de schuldenaar deze kans onbenut heeft gelaten, is hij in verzuim geraakt. Voor zover een kans tot nakoming in de voorfase niet behoeft te worden geboden, is gebleken (zie § 12.4) dat voor deze uitzondering(en) goede gronden bestaan. Daarbij komt dat zolang de schuldeiser nog geen ontbindingsmaatregel heeft getroffen, de schuldenaar zijn verzuim kan zuiveren door alsnog na te komen en de eventueel geleden (aanvullende) schade te vergoeden (ex art. 6:86). Wordt eenmaal terecht gekomen in art. 6:265 lid 1 doordat een ontbindingsverklaring is ontvangen of een vordering daartoe is ingesteld, dan bereikt het externe subsidiariteitsbeginsel in een keerpunt en moet het wijken voor de rechtszekerheid. Het is namelijk in het belang van beide partijen dat vaststaat dat andere remedies (i.e. de nakoming met aanvullende schadevergoeding dan wel de vervangende schadevergoeding) vanaf dat moment niet (langer) in de weg kunnen staan aan de ontbinding. Als gezegd, is het irreeel en onredelijk, met name voor de schuldeiser, om het externe subsidiariteitsbeginsel almaar door te blijven voeren. Daarom dient ontbinding ex art. 6:265 lid 1 niet subsidiair te zijn aan vervangende schadevergoeding, ook niet als zij het equivalent vormt van (wederzijdse) nakoming.

Maar ook wanneer de wederkerige overeenkomst een ruilovereenkomst betreft, geniet de getroffen schuldeiser in mijn visie keuzevrijheid. Zo moet men zich realiseren dat door de vervangende schadevergoedingsremedie de ruil (object-object) als het ware getransformeerd wordt in een koopovereenkomst (object-geld). Het zonder instemming van de schuldeiser opleggen van de vervangende schadevergoeding leidt er dus toe dat hem een koopovereenkomst wordt opgedrongen, waarmee inbreuk wordt gemaakt op het beginsel van contractvrijheid. Daarom meen ik dat alsdan moet worden aangenomen dat de vervangende schadevergoeding het belang van de schuldeiser niet evengoed kan dienen als de ontbinding. Anders gezegd: bij een tekortkoming in een ruilovereenkomst vormt de vervangende schadevergoeding voor de schuldeiser geen alternatief.¹⁰ Ook in zoverre dient ontbinding dus niet subsidiair te zijn aan vervangende schadevergoeding.

II De verhouding tussen de verschillende wijzen van uitoefening van een remedie de invloed van het interne subsidiariteitsbeginsel

12.9 De verhouding tussen verschillende wijzen van nakoming

Als de schuldeiser ingevolge de hoofdregel overgaat tot toepassing van de primaire nakomingsremedie, kan het interne subsidiariteitsbeginsel meebrengen dat hij niet volledig vrij is in zijn keuze bij de wijze van uitoefening van deze remedie. Zo brengt dit beginsel mee dat de schuldeiser is aangewezen op de minst ingrijpende wijze van

¹⁰ Dit ligt uiteraard anders als de schuldeiser zelf ervoor kiest zijn prestatie te verrichten tegen de vervangende waarde van de tegenprestatie.

nakoming wanneer het de (toerekenbare) tekortkoming evengoed kan wegnemen als een verdergaande nakomingswijze

Als gezegd, geldt in ons recht als ongeschreven uitgangspunt dat de schuldeiser geen genoegen hoeft te nemen met een tekortkoming maar krachtens de verbintenis recht op correcte, algehele nakoming daarvan. Dit betekent evenwel nog niet dat de schuldeiser daarom volledig vrij is in de wijze van uitoefening van de nakomingsremedie. Want correcte, algehele nakoming van de verbintenis kan hij in principe door elke vorm van nakoming verwerven. Door het uitoefenen van de voor de schuldenaar minst ingrijpende wijze van nakoming is het immers heel goed mogelijk dat het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming wordt opgeheven, hetgeen ernaar resulteert dat de schuldeiser de algehele, correcte nakoming ontvangt waarop hij krachtens de verbintenis ('principieel') recht heeft. Daarmee scherpt het interne subsidiariteitsbeginsel dus in dat een onderscheid bestaat tussen het *resultaat*, of beter het *doel* van de nakomingsremedie, namelijk het verkrijgen van correcte, algehele nakoming, enerzijds en de *wijze van uitoefening* van deze remedie anderzijds.

Welnu, naar huidig recht kan de interne subsidiariteitsafweging bij de algemene nakomingsremedie plaatsvinden onder de noemer van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2/ art. 6:248 lid 2).¹¹ Zo wordt algemeen aanvaard dat de schuldenaar ter afwering van de gekozen wijze van uitoefening van de nakomingsremedie zich erop kan beroepen dat deze wijze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, nu hij een minder vergaande vorm van nakoming heeft aangeboden die het geleden nadeel evengoed kan vereffenen. Het antwoord op de vraag in hoeverre het beroep op het interne subsidiariteitsbeginsel zal slagen, valt in zijn algemeenheid echter niet te geven omdat dit afhankelijk is van de vraag of de (door de schuldenaar ingeroepen) minder vergaande wijze van nakoming de schuldeiser evenzeer volledige genoegdoening kan verschaffen, hetgeen op zijn beurt – uiteraard – bepaald wordt door de omstandigheden van het concrete geval. Gezien het feit dat in ons BW tot (ongeschreven) uitgangspunt is genomen dat de schuldeiser vrijheid geniet bij de (wijze van) uitoefening van de nakomingsremedie, valt aan te nemen dat het interne subsidiariteitsbeginsel zich slechts in uitzonderingsgevallen zal doen gelden. Vanuit intern subsidiariteitsoogpunt zal de gevraagde wijze van nakoming derhalve in de regel gerechtvaardigd zijn. Zoals hiervoor in § 12.4.3 reeds is besproken en hierna in § 12.12 nog wordt aangehaald, bleek hetzelfde op te gaan voor de proportionaliteitstoetsing in het algemeen is uitoefening van de (primaire) nakomingsremedie proportioneel.

12.10 De wijze van uitoefening van de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding

Wanneer de nakomingsremedie tevergeefs is beproefd, dan wel wanneer nakoming bij wijze van uitzondering niet de primaire remedie is, kan de schuldeiser zijn heil

¹¹ Zie hoofdstuk 8 (met name § 8.4).

zoeken bij de remedies van ontbinding of vervangende schadevergoeding. Deze remedies kunnen algeheel dan wel gedeeltelijk worden uitgeoefend. Volgens het interne subsidiariteitsbeginsel is de algehele ontbinding/vervangende schadevergoeding subsidiair aan de gedeeltelijke ontbinding/vervangende schadevergoeding wanneer de gedeeltelijke wijze van uitoefening de (toerekenbare) tekortkoming evengoed kan wegnemen.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat weliswaar is aanvaard dat de algehele uitoefening van ontbinding/vervangende schadevergoeding subsidiair kan zijn aan de gedeeltelijke uitoefening, maar dat men deze interne subsidiariteitskwestie heeft doen opgaan in de meer algemene proportionaliteitstoetsing.¹² Zo geldt dat algehele ontbinding of algehele vervangende schadevergoeding niet mogelijk is als dit door de tekortkoming niet gerechtvaardigd wordt (vgl. art. 6:265 lid 1 slot en art. 6:87 lid 2). Door de interne subsidiariteitstoets van de algehele ontbinding/algehele vervangende schadevergoeding te koppelen aan de tekortkoming, verwordt het tot een 'algemene' proportionaliteitskwestie tussen het te dienen belang (het opheffen van de tekortkoming) en het te schaden belang (de nadelige gevolgen van algehele uitoefening) mag geen onevenredigheid bestaan. Daarmee is de cruciale vraag of de minder vergaande gedeeltelijke ontbinding of gedeeltelijke vervangende schadevergoeding de schuldeiser voldoende soelaas biedt, in de wetsgeschiedenis en vervolgens ook in de rechtspraak en literatuur goeddeels uit het oog verloren. Ik bepleit dan ook dat, anders dan thans het geval is, de toetsing aan het interne subsidiariteitsbeginsel *expliciet* wordt uitgevoerd wanneer de schuldenaar zich bij wege van verweer tegen een door de schuldeiser gewenste algehele ontbinding of algehele vervangende schadevergoeding beroept op het alternatief van gedeeltelijke ontbinding of gedeeltelijke vervangende schadevergoeding en/of art. 6:265 lid 1 slot, resp. art. 6:87 lid 2 c.q. art. 6:248 lid 2. Dit betekent dus dat de rechter alsdan dient na te gaan of het nadeel voor de schuldeiser evengoed door de gedeeltelijke ontbinding/vervangende schadevergoeding als door de algehele ontbinding/vervangende schadevergoeding kan worden weggenomen. In hoeverre de interne subsidiariteitstoetsing tot gevolg heeft dat algehele ontbinding/vervangende schadevergoeding subsidiair is aan gedeeltelijke ontbinding/vervangende schadevergoeding is uiteraard sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hoewel een eensluidend antwoord dus niet valt te geven, heb ik wel een aantal vuistregels geformuleerd waarmee de interne subsidiariteitstoetsing meer houvast kan worden gegeven.¹³ Deze vuistregels komen voor een belangrijk deel overeen met hetgeen in de literatuur wordt verdedigd.

Indien eenmaal vaststaat dat de wijze van uitoefening van ontbinding/vervangende schadevergoeding de interne subsidiariteitstoetsing kan doorstaan, kan evenwel nog niet zonder meer worden aangenomen dat de (algehele of gedeeltelijke) ontbinding of vervangende schadevergoeding mogelijk is. Zo kan de (gekozen wijze van uitoefening van de) remedie nog stuklopen op de proportionaliteitstoetsing ('in strikte zin').

¹² Zie hierover hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7.

¹³ De vuistregels zijn in § 6.7 voor ontbinding en in § 7.2.1 voor vervangende schadevergoeding neergelegd.

zoals zij is neergelegd in art 6 265 lid 1 slot resp in art 6 87 lid 2 In welke mate de ‘zuivere’ proportionaliteitstoetsing nog in de weg kan staan aan de (algehele of gedeeltelijke) ontbinding/vervangende schadevergoeding komt hierna in § 12 12 aan de orde

12.11 De wijze van uitoefening van de aanvullende schadevergoedingsremedie

Anders dan bij de hoofdremedies (ontbinding, vervangende schadevergoeding en nakoming) kan de gedeeltelijke wijze van uitoefening van de aanvullende schadevergoedingsremedie het belang van de schuldeiser nimmer evengoed behartigen als de volledige wijze van uitoefening Dit geldt zowel wanneer de aanvullende schadevergoeding ziet op bijkomende schade, als wanneer de schuldeiser vergoeding van vertragingschade vordert Heeft de schuldenaar bijvoorbeeld (toerekenbaar) verkeerde grondstoffen geleverd waardoor de machines van de schuldeiser zijn vastgelopen, dan wordt zijn belang niet (behoorlijk) gediend als hij slechts een deel van de (bijkomende) schade aan zijn machines kan vorderen Evenmin biedt gedeeltelijke vergoeding van de schade die hij lijdt omdat hij niet tijdig over de (juiste) grondstoffen beschikt, hem (afdoende) soelaas In beide gevallen wordt het nadeel, de schade, slechts adequaat weggenomen als volledige schadevergoeding kan worden gevorderd Dat de gedeeltelijke wijze van uitoefening bij de hoofdremedies wel afdoende kan zijn, heeft te maken met het feit dat het nadeel (dat bestaat uit de tekortkoming) kan worden weggenomen door een combinatie van gedeeltelijke nakoming met de gedeeltelijke uitoefening van een andere hoofdremedie (zoals ontbinding of vervangende schadevergoeding) De aanvullende schade kan daarentegen nooit volledig worden opgeheven door de combinatie van gedeeltelijke aanvullende schadevergoeding met gedeeltelijke nakoming dan wel met gedeeltelijke vervangende schadevergoeding of met gedeeltelijke ontbinding De eigen, bijzondere aard van de aanvullende schadevergoedingsremedie brengt dus mee dat zij nimmer beheerst wordt door het interne subsidiariteitsbeginsel

In overeenstemming hiermee onderwerpt de wet de aanvullende schadevergoedingsremedie evenmin aan een interne subsidiariteitstoetsing¹⁴ Zo brengt het eerste lid van art 6 74 mee dat álle aanvullende schade die het gevolg is van de wanprestatie vergoed moet worden Immers, op grond van deze bepaling verplicht iedere toerekenbare tekortkoming de schuldenaar om *de schade* die de schuldeiser daardoor lijdt, te vergoeden Aangezien de interne subsidiariteitstoetsing van art 6 87 lid 2 alleen van toepassing is op de vervangende schadevergoedingsremedie, betekent dit dat de schuldeiser krachtens art 6 74 lid 1 recht heeft op volledige aanvullende schadevergoeding Van interne subsidiariteit is dus (terecht) geen sprake

Overigens is het recht op (volledige) aanvullende schadevergoeding niet geheel onbegrensd Zoals hieronder zal blijken, kan het proportionaliteitsbeginsel bij wijze

14 Aldus is gebleken in § 7 3

van uitzondering meebrengen dat vergoeding van slechts een deel van de aanvullende schade gevorderd kan worden.

III De invloed van het proportionaliteitsbeginsel

12.12 Een ‘vangnet-functie’

Wanneer de toepassing van een bepaalde (wijze van uitoefening van een) remedie vanuit extern en intern subsidiariteitsoogpunt gerechtvaardigd is, kan het proportionaliteitsbeginsel voor de schuldeiser alsnog ‘roet in het eten gooien’. Dit is het geval als de (wijze van uitoefening van de) remedie het belang van de schuldenaar onevenredig zwaar treft. Alsdan weegt het met de remedie te dienen belang niet op tegen het daardoor te schaden belang. Dit betekent noodzakelijkerwijs dat men terugvalt op ofwel een andere wijze van uitoefening van de remedie, dan wel op de toepassing van een geheel andere remedie, welke wel in overeenstemming is met het proportionaliteitsbeginsel. Aldus kan het proportionaliteitsbeginsel een correctie aanbrengen op de rangorde die het gevolg is van het (externe en interne) subsidiariteitsbeginsel.

(a) Proportionaliteit van nakoming

Bij de bespreking van de uitzonderingen op de hoofdregel dat nakoming de primaire remedie is, is al aan de orde gekomen dat de schuldenaar ter afwering van een vordering tot nakoming een beroep kan doen op de proportionaliteitstoetsing.¹⁵ Gesteld is dat de invloed van het proportionaliteitsbeginsel bij de nakomingsremedie evenwel zeer bescheiden is, nu (vrij) strikt wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat de schuldeiser recht heeft op nakoming. Als gezegd, vervult het proportionaliteitsbeginsel bij de nakoming dan ook slechts de functie van een ‘vangnet’ dat ertoe strekt excessen, uitzonderlijke gevallen van ‘flagrante’ disproportionaliteit, op te vangen en te voorkomen. Als hoofdregel geldt derhalve dat het vorderen van nakoming proportioneel is. Zoals ik hiervoor al aangaf, is dit nu alleszins juist.

Maar ook bij de remedies van ontbinding, vervangende schadevergoeding en aanvullende schadevergoeding is voor het proportionaliteitsbeginsel slechts een zeer beperkte ruimte opengelaten. Net als bij de nakomingsremedie vervult het proportionaliteitsbeginsel ook bij deze remedies de functie van een ‘vangnet’, nu het slechts waakt tegen het zeldzame geval waarin de (wijze van) uitoefening van de remedie resulteert in een onevenredig zware aantasting van het belang van de schuldenaar. Omwille van de volledigheid wordt hieronder nog kort ingegaan via welke weg het proportionaliteitsbeginsel de remedies van ontbinding, vervangende schadevergoeding en aanvullende schadevergoeding beheerst. Voorts zal ik aangeven of, en zo ja, waarom de (beperkte) ‘vangnet-functie’ die het beginsel bij deze remedies vervult, juist is.

(b) Proportionaliteit van ontbinding en vervangende schadevergoeding

¹⁵ Zie § 12.4.3

Bij de remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding komt het proportionaliteitsbeginsel tot uitdrukking in art. 6:265 lid 1 (de tenzij-clausule) resp. in art. 6:87 lid 2.¹⁶ Op grond van deze bepalingen is – kort gezegd – ontbinding resp. vervangende schadevergoeding niet mogelijk als zij door de tekortkoming niet wordt gerechtvaardigd. Wanneer bedacht wordt dat ontbinding en vervangende schadevergoeding gericht zijn op het opheffen van het nadeel dat bestaat uit de tekortkoming (het te dienen belang) en de genoemde bepalingen een afweging vereisen van de tekortkoming tegen de nadelige gevolgen van de remedie (het te schaden belang), dan blijkt dat het slot van art. 6:265 lid 1 en art. 6:87 lid 2 een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel omvat.¹⁷ Voorts is aanvaard dat de ontbinding of de vervangende schadevergoeding niet alleen kan afstuiten op de genoemde bepaling, maar evenzeer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. De schuldenaar kan kortom ook via (de beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid een beroep doen op de disproportionaliteit van deze remedies.

Ten aanzien van de mate waarin de ontbinding en vervangende schadevergoeding onder invloed van het proportionaliteitsbeginsel staan, geldt het volgende. Het wettelijk uitgangspunt luidt, ik gaf het al aan, dat het vorderen van ontbinding of vervangende schadevergoeding proportioneel is. Kennelijk weegt het te dienen belang (het opheffen van de tekortkoming) dus doorgaans op tegen de nadelige gevolgen van ontbinding of vervangende schadevergoeding. Dat (ook) bij deze remedies voor het proportionaliteitsbeginsel maar een zeer beperkte rol is weggelegd, is m.i. alleszins juist en begrijpelijk.

Zo moet men zich realiseren dat op het moment dat getoetst wordt aan het proportionaliteitsbeginsel, de ontbinding resp. de vervangende schadevergoeding de externe en interne subsidiariteitstoetsing reeds heeft doorstaan. Dit betekent derhalve dat moet worden aangenomen dat de remedie proportioneel is in verhouding tot andere remedies (externe subsidiariteit) alsmede dat de gekozen wijze van uitoefening van de remedie proportioneel is in verhouding tot andere wijzen van uitoefening (interne subsidiariteit). Dáárom ligt het voor de hand dat de remedie doorgaans ook vanuit proportionaliteits-oogpunt ('in strikte zin') door de beugel kan en is het dus terecht dat als uitgangspunt geldt dat uitoefening van de ontbindingsremedie of van de vervangende schadevergoedingsremedie proportioneel is. Bedacht moet immers worden dat als geoordeeld wordt dat de remedie de proportionaliteitstoetsing niet kan doorstaan, de schuldeiser terugvalt op gedeeltelijke uitoefening ervan dan wel op nakoming (eventueel gecombineerd met aanvullende schadevergoeding). Dit, terwijl nu juist ten aanzien van deze wijze van uitoefening resp. ten aanzien van deze alternatieve remedie(s) al is gebleken dat zij het belang van de schuldeiser niet evengoed heeft kunnen dienen. In de regel zal het te dienen belang van de schuldeiser dan ook (voldoende) opwegen tegen het te schaden belang van de schuldenaar. Dat de proportionaliteitstoetsing evenwel niet

16 Zie over de rol van het proportionaliteitsbeginsel bij ontbinding hoofdstuk 9 en bij vervangende schadevergoeding (§ 2 van) hoofdstuk 10.

17 In § 9.4 is een aantal gezichtspunten uit de rechtspraak gedistilleerd die bij de proportionaliteitstoetsing bij ontbinding een rol kunnen spelen.

– geheel – kan worden gemist, wordt duidelijk als bedacht wordt dat ingeval van een ‘aperte’ disproportionaliteit toepassing van de (gekozen wijze van uitoefening van) remedies van ontbinding en vervangende schadevergoeding niet gerechtvaardigd kan zijn en daarom gelet op het belang van de schuldenaar alsnog buiten spel moet kunnen worden gezet.

(c) Proportionaliteit van aanvullende schadevergoeding

Ten aanzien van de remedie van aanvullende schadevergoeding wijkt de invulling van het proportionaliteitsbeginsel (enigszins) af van de invulling die het kent bij de hoofdremedies. Dit heeft te maken met het feit dat deze – aanvullende – remedie een ander belang beoogt te dienen dan de hoofdremedies. Het proportionaliteitsbeginsel brengt immers mee dat geen onevenredigheid mag bestaan tussen het met de remedie te dienen belang enerzijds en het met de remedie te schaden belang anderzijds. Omdat de aanvullende schadevergoedingsremedie niet gericht is op het opheffen van het nadeel dat bestaat uit de (toerekenbare) tekortkoming, maar op de schade die daarvan het gevolg is, komt het proportionaliteitsbeginsel hier dus neer op de eis dat er geen onevenredigheid mag bestaan tussen (het opheffen van) de schade enerzijds en de nadelige gevolgen voor de schuldenaar van vergoeding hiervan anderzijds. Anders dan bij de hoofdremedies, koppelt het proportionaliteitsbeginsel voor de aanvullende schadevergoedingsremedie dus niet de tekortkoming aan de nadelige gevolgen van de remedie, maar legt het een verband tussen de schade en de nadelige gevolgen van de remedie.

Volgens art. 6:74 lid 1 verplicht iedere toerekenbare tekortkoming de schuldenaar om de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden. Op grond van deze bepaling vindt dus geen toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel plaats: zodra de schuldeiser aannemelijk maakt dat de aanvullende schade het gevolg is van de toerekenbare tekortkoming kan hij hiervan vergoeding vorderen. Echter, op dit uitgangspunt van volledige aanvullende schadevergoeding kan een uitzondering worden gemaakt op grond van art. 6:98 en art. 6:109 lid 1. Zo bepaalt art. 6:98 dat voor (schade)vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust (i.e. de wanprestatie), dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Dit betekent dat de schuldenaar alleen die schade hoeft te vergoeden die in zodanig verband staat met zijn toerekenbare tekortkoming dat die hem in redelijkheid als een gevolg van de tekortkoming kan worden toegerekend. Art. 6:98 voorkomt derhalve dat de omvang van de te vergoeden schade voor de schuldenaar onaanvaardbaar ver ‘uitdijt’. Daarmee beoogt deze bepaling ervoor te waken dat uitoefening van de schadevergoedingsremedie een onevenredig zware inbreuk vormt op het belang van de schuldenaar. De vraag van art. 6:98 naar het causaal verband tussen de (gevorderde) schade en de (toerekenbare) tekortkoming behelst dus in wezen een proportionaliteitstoetsing: zolang zij in een voldoende verband staat, zijn de nadelige gevolgen van de schadevergoedingsremedie in principe gerechtvaardigd (en kan de schade de schuldenaar dus worden toegere-

kend). Met andere woorden: indien de gevorderde aanvullende schadevergoeding de toets van art. 6:98 kan doorstaan, is zij proportioneel. Althans in beginsel.

Zo kan toekenning van volledige schadevergoeding op grond van art. 6:109 lid 1 nog door de rechter gematigd worden, indien zij in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Aldus kan de vergoeding van de schade die op grond van art. 6:98 in voldoende verband staat en in zoverre proportioneel is, in haar geheel genomen toch nog tot 'kennelijk onaanvaardbare gevolgen' voor de schuldenaar leiden. Om te voorkomen dat de schadevergoedingsremedie voor de schuldenaar alsnog disproportioneel uitpakt, kent art. 6:109 lid 1 de rechter dus een matigingsbevoegdheid toe. Dat de remedie van aanvullende schadevergoeding beheerst wordt door het proportionaliteitsbeginsel, volgt kortom niet alleen uit art. 6:98 maar evenzeer uit het eerste lid van art. 6:109.¹⁸

Echter, net als bij de hoofdremedies het geval bleek, geldt ten aanzien van de mate waarin het proportionaliteitsbeginsel aan de uitoefening van de aanvullende schadevergoedingsremedie in de weg kan staan dat die zeer beperkt is. Zowel bij de causaliteitsafweging van art. 6:98, als ook op grond van de matigingsbevoegdheid van art. 6:109 lid 1 leidt de proportionaliteitstoetsing namelijk slechts sporadisch tot beperking van de omvang van de te vorderen aanvullende schadevergoeding: de als gevolg van de wanprestatie geleden schade komt doorgaans voor volledige vergoeding in aanmerking.¹⁹ Ook bij de aanvullende schadevergoedingsremedie valt het proportionaliteitsbeginsel dus te karakteriseren als een 'vangnet' dat ertoe dient te voorkomen dat uitoefening leidt tot excessen, ofwel zeldzame gevallen van 'flagrante' disproportionaliteit. Als men bedenkt dat het gevolg van het aannemen van disproportionaliteit van de (uitoefening van de) aanvullende schadevergoedingsremedie betekent dat de schuldeiser met de schade blijft zitten, schade die bovendien veroorzaakt is door een tekortkoming die aan de schuldenaar is te (ver)wijten althans voor zijn rekening dient te komen, wordt duidelijk dat de (zeer) beperkte rol van het proportionaliteitsbeginsel ook bij deze remedie alleszins gerechtvaardigd is.

18 In § 10.3 wordt nader ingegaan op de onderlinge verhouding tussen art. 6:98 en art. 6:109 lid 1. Ook komt daar aan de orde in hoeverre de remedie van vervangende schadevergoeding beheerst wordt door deze bepalingen.

19 Zie § 10.3.

Termination, compensation and specific performance. The remedies for non-performance in view of the principles of subsidiarity and proportionality

This study concerns the remedies which accrue to a contracting party for lifting the drawback he suffers because the other party remains in default. As the title of this book already indicates, it concerns the remedies of termination, compensation and specific performance.¹ As these remedies can be exercised in different ways and in a number of combinations, the remedy arsenal which the distressed contracting party has is quite comprehensive. It is obviously of utmost importance to the other party in default that the least radical solution from this arsenal is opted for. This raises the question whether the distressed contracting party is completely free in his choice for the application of a certain remedy or a combination thereof or for the application of a certain way of exercise of a remedy. Or is this freedom demarcated? And if so, to what extent?

Consultation of literature teaches that according to the common idea the disappointed contracting party is free in his choice (to a high extent). The purpose of this study is to demonstrate that this prevailing doctrine is incorrect and does not square with the statutory system. Different from what has been assumed until today, the repertory of remedies for non-performance is based on a structure, as a result of which the creditor only has a limited freedom of choice. This structure occurs when the arsenal of remedies is analysed on the basis of the principles of subsidiarity and proportionality originating from criminal (procedural) and administrative law. I have opted for this subsidiarity and proportionality analysis after studies had shown that when an entitled person in criminal, criminal procedural or administrative law has an arsenal of powers where he can opt from for the protection of an interest, a weighing up of interests will take place on the basis of these principles.

After the introduction in chapter 1, the book begins in chapter 2 with a study after the contents and meaning of the subsidiarity and proportionality principles in criminal procedural, criminal and administrative law. Chapter 2 demonstrates that the weighing up of interests which must be done in the abovementioned legal areas in the exercise of a power/remedy provides more insight and becomes more transparent by employing the subsidiarity and proportionality principles. Furthermore, a test to these principles

1 As the right to suspend the agreement does not have a character that lifts the drawback, it cannot be regarded as a remedy for non-performance. This is why it falls beyond the scope of this study.

ensures that the weighing up of interests to be performed takes place in a pure and balanced way. Furthermore, the chapter clarifies that the subsidiarity and proportionality analysis may reveal a certain structure within the arsenal of remedies.

Precisely in view of the meaning of these principles, it is checked in this study to what extent they are of may be valuable to the arsenal of remedies in the event of non-performance. For, also in contractual law it applies that a weighing up of interests must be done with respect to the exercise of powers/remedies. Chapter 1, paragraph 4, shows that there are no impediments for the application of the subsidiarity and proportionality principles in civil contract law.

With regard to the question what the subsidiarity and proportionality principles actually mean – the definition – it applies that inspiration has been derived from criminal, criminal procedural and administrative law. The justification of the definition therefore also takes place in chapter 2, whose subjects are the contents and meaning of the principles in the abovementioned legal areas. Pursuant to this chapter, the subsidiarity and proportionality principles have the following meaning:

The subsidiarity principle implies that the application of a certain remedy is only justified if there is no other less far-reaching alternative by means of which the interest to be protected can be reached. This “less far-reaching alternative” may consist of *another less far-reaching remedy*, but also of *another less far-reaching way of exercise* of the (chosen) remedy. This means that the subsidiarity principle has an effect at two levels: (i) generally as a condition for the exercise of a remedy and as a demarcation from other remedies and (ii) more in particular with regard to the different ways of exercise of a certain remedy. I called this the *external* effect (i) and the *internal* effect (ii) of the subsidiarity principle.

If the chosen (way of exercise of the) remedy has stood the test to the (external and internal) subsidiarity principle, the proportionality principle subsequently implies that there may not exist any disproportionality between the interest to be protected by the remedy on the one hand and the interest to be harmed by this on the other hand. This therefore means that the proportionality principle may correct the structure implemented by the (external and internal) subsidiarity principle, and this if the interest of the other party is hit disproportionately much by the chosen (way of exercise of the) remedy – in view of the circumstances of the case.

The chapters 3, 4 and 5 determine, by means of the *external* principle of subsidiarity, whether, and if yes, to what extent there is a mutual relationship between the remedies of termination, compensation and specific performance. As stated above, this principle requires that from an arsenal the least far-reaching remedy must be chosen, with the proviso that it protects the interest concerned as much as the more radical remedy or remedies. As it is generally assumed that of the remedies for non-performance termination is the most powerful weapon and specific performance is the least far-reaching, the external subsidiarity analysis is disclosed on the basis of a study after the relationship between the most far reaching remedy, termination, to the least burdening remedy, specific performance. This therefore forms the subject of chapter 3. This chapter shows that the statutory system, in agreement with the external subsidiarity principle, departs from the assumption that termination is inferior

to specific performance. The law and justice make a number of exceptions to this main rule though. The majority of these exceptions can be drawn back to the thought that specific performance does not form a sufficient remedy for the creditor. The fact that the more far-reaching remedy (termination) is not inferior to the less radical remedy (specific performance) if this less radical remedy cannot sufficiently protect the interest of the disappointed creditor is already included in the external subsidiarity principle itself. For, according to this principle the more far-reaching remedy can be applied immediately if the less radical remedy cannot touch the interest to be protected equally well. The law only knows some three 'true' exceptions to the main rule of subsidiarity. I have argued in chapter 3 that there are proper grounds for these exceptions, so that these must be held on to. Furthermore, the rule that termination is inferior to specific performance may be broken through by the proportionality principle. As indicated above, the proportionality principle may correct the structure implemented by the external subsidiarity principle after all. This is the case when the obvious, less far-reaching remedy would hit the debtor's interest disproportionately after all. If it must therefore be assumed that specific performance is disproportional in view of the debtor's interest, an exception must be made to the main rule implying that termination is alternative to specific performance. Chapter 11, in which the role of the proportionality principle in the remedy of specific performance is studied, shows that specific performance is only judged disproportional in very exceptional cases though. The proportionality principle corrects the main rule that termination is alternative to specific performance only in (very) exceptional circumstances.

As the compensation remedy lies somewhere between termination and specific performance concerning radical consequences, it has subsequently been studied in chapter 4 to what extent compensation is alternative to specific performance. The chapter demonstrates that the question after the relationship between compensation and specific performance is complicated. This is due to the fact that compensation has the particular characteristic that it can be supplementary and alternative by nature. Alternative compensation is aimed at the removal of the drawback that consists in the non-performance. This puts it on an equal level with termination and specific performance. For, any of these remedies has the purpose to settle the drawback which the creditor suffers because he does not receive the (correct) performance, but is confronted with an (attributable) non-performance. As termination, alternative compensation and specific performance are pre-eminently the remedies for non-performance, I call these remedies *main* remedies. A separate role is played by the supplementary compensation remedy on the contrary. For, it 'only' has the purpose to settle the drawback that is the *result* of the (attributable) non-performance, it does not offer any solace for the drawback that consists in the non-performance itself. This compensation remedy can therefore be applied on top of the remedies of termination, alternative compensation and specific performance. This way, it supplements the application of a main remedy, it does never form an alternative for this though. Chapter 4 teaches that the statutory system implies that it applies as main rule that the alternative compensation, in accordance with the external subsidiarity principle, is inferior to specific performance. The exceptions to the subsidiarity of the alternative compensation

remedy are parallel to the exceptions to the subsidiarity of the (main) remedy of termination in relation to specific performance. Furthermore, chapter 4 clarifies that when it concerns the remedy of supplementary compensation there never is subsidiarity with respect to specific performance according to the law. This is also in accordance with the external subsidiarity principle as specific performance, as stated above, never forms a (less far-reaching) alternative to the remedy of supplementary compensation.

The chapters 3 and 4 therefore show that specific performance takes a primary position in relation to the remedies of termination and alternative compensation. If in conformity with the main rule the creditor tried the remedy of specific performance but the debtor still failed to fulfil its obligation correctly, it will become an established fact that specific performance turned out not to be a sufficient remedy. This therefore means that the less far-reaching remedy (of specific performance) cannot remove the drawback suffered equally well as the further reaching remedies, so that the external subsidiarity principle has exhausted. As a result hereof, specific performance according to this principle is no longer the first eligible remedy so that the creditor can subsequently apply to the further reaching remedy of termination or alternative compensation. This turning point is, as follows from the chapters 3 and 4, also taken as assumption by law. The following (statutory) differentiation exists to this though. As long as the agreement has not been terminated or as long as the statement by means of which the original agreement is converted into an alternative compensation obligation has not reached the debtor, the debtor may appeal to the effect of the external subsidiarity principle after all. This way, the debtor may offer to fulfil the agreement after all, naturally in the event that specific performance has not become impossible in the meantime. The creditor may only refuse this offer if the debtor does not offer payment of the damage and costs that have become due in the meantime either. This therefore shows that termination and alternative compensation may be inferior after all to specific performance in combination with (supplementary) compensation. I deem this correct. It has been pointed out in chapter 4 that once the debtor has received the statement of termination or conversion, or if the claim for termination or alternative compensation has been lodged, the point is reached at which the external subsidiarity principle must make place for legal certainty. Different from what is currently assumed, I am of the opinion that this is the moment at which the turning point is reached: the external subsidiarity principle has exhausted and the creditor must be able to assume that he is entitled to the further stretching remedies of termination or alternative compensation.

With this I arrive at the question after the relationship between the termination remedy and the alternative compensation remedy. This way, you can ask yourself whether the creditor, assumed that the remedy of specific performance has not offered any solace, can proceed to exercising the termination remedy just like that or that he must rely on alternative compensation. Chapter 5 demonstrates that the creditor must be free in his choice between termination and alternative compensation. The grounds justifying this differ to the extent that the alternative compensation remedy is equivalent to (mutual) specific performance with respect to the consequences thereof or is precisely equivalent to termination.

In the chapters 6, 7 and 8, the remedies of termination, compensation and specific performance are subject to the internal analysis of subsidiarity. This means that it is checked to what extent the creditor, assumed that the remedy has stood the external subsidiarity test, must rely on the least radical way of exercise of the remedy. According to the internal subsidiarity principle, the complete way of exercise of a remedy is alternative to the partial way of remedy exercise if the partial way can protect the violated interest just as well. The chapters 6, 7 and 8 demonstrate for the remedies of termination or alternative compensation respectively that the internal subsidiarity test of the complete termination/overall alternative compensation has turned into a general proportionality issue: there may not be any disproportionality between the interest to be protected (lifting the attributable non-performance) and the interest to be harmed (the adverse effects of complete exercise). With this, the crucial question whether the less far-reaching partial termination or partial alternative compensation provides the creditor with sufficient solace, was largely lost track of in legal history and subsequently also in case law and literature. It is therefore also argued in the chapters 6 and 7 that, different from what is currently the case, the test to the internal subsidiarity principle is *explicitly* performed if by way of defence against a complete termination or complete alternative compensation desired by the creditor the debtor appeals to the alternative of partial termination or partial alternative compensation. To what extent the subsidiarity test results in the complete exercise being subordinate to the partial exercise (obviously) largely depends on the circumstances of the case. Although a uniform answer can therefore not be given, the chapters 6 and 7 formulate a number of thumb rules by means of which the internal subsidiarity test is given something to go on. These thumb rules largely correspond with what is defended in literature. Chapter 8 points out that the internal subsidiarity weighing-up can take place in the remedy of specific performance under the nominative of reasonableness and fairness. This way, it is generally accepted that by way of defending himself against the chosen way of exercise of the remedy of specific performance, the debtor can appeal to the fact that this way is unacceptable according to the standards of reasonableness and fairness, as he has offered a less far-reaching form of specific performance which may settle the drawback suffered just as well. The answer to the question to what extent this (subsidiarity) defence will be successful cannot generally be given as this depends on the question whether the less far-reaching way of specific performance may provide the creditor with full redress as well, which at its turn is – obviously – determined by the circumstance of the case. In view of the fact that our Civil Code departs from the (unwritten) assumption that the creditor is free in the (way of) exercise of the remedy of specific performance, it may be assumed that the internal subsidiarity principle will only apply in exceptional cases.

Contrary to the (main) remedies of termination, alternative compensation and specific performance, the internal subsidiarity principle implies for the supplementary compensation remedy that it will never apply. Chapter 7 explains that this has to do with the fact that the partial way of exercise of this remedy can never protect the creditor's interest as well as the full way of exercise; only full compensation can take away the damage suffered. The fact that the partial way of exercise in the main

remedies may be conclusive is due to the fact that the drawback which exists from the non-performance can be taken away by a combination of partial specific performance with the partial exercise of another main remedy. The supplementary damage on the contrary can never be lifted by the combination of partial supplementary compensation with partial exercise of a main remedy. The own, special nature of the supplementary compensation remedy therefore implies that it is never controlled by the internal subsidiarity principle. In accordance with this, as chapter 7 shows, the law submits the supplementary compensation remedy not to an internal subsidiarity test either.

If the application of a (certain way of exercise of a) remedy is justified from an external and internal viewpoint, the proportionality principle can, as stated above, provide that it will not do. This is the case if the (way of exercise of the) remedy hits the debtor's interest disproportionately much. In that case, the interest to be protected by the remedy does not counterbalance the interest to be harmed by it. This necessarily means that you fall back on either a different way of exercise of the remedy or to the application of a totally different remedy, which is in conformity with the proportionality principle. This way, the proportionality principle may correct the order which is the result of the (external and internal) subsidiarity principle. The chapters 9, 10 and 11 study whether, and if yes, to what extent, the remedies of termination, compensation and specific performance are covered by the proportionality principle. It can be read in these chapters that it applies to all remedies that only a very restricted space is left open for the proportionality principle. This way, it is demonstrated that the proportionality principle only fulfils the function of a safety net for the remedies, as it only protects from the rare cases in which the (way of) exercise of a remedy results in a disproportionately serious impairment of the debtor's interest. It is indicated for each remedy why the (very) restricted role of the proportionality principle is fully justified. In chapter 9 this is done for termination, in chapter 10 for alternative and supplementary compensation and in chapter 11 for specific performance.

As according to chapter 11 the proportionality principle will only impede the exercise of the remedy of specific performance in rare cases and it has been concluded in the chapters 3 and 4 that the remedy of specific performance has been granted the primary position in the statutory system with good reason, it may be asserted that in the remedy arsenal specific performance takes a unique and important position. Despite this primary, important character of specific performance, a statutory provision is missing in our Civil Code in which this remedy is granted to the creditor. The argument that the right to specific performance already arises from the agreement and does not need any statutory basis is not convincing in my opinion. All the more not, as this study has demonstrated that the (external and internal) subsidiarity and proportionality principles may apply exceptions to this 'ever so obvious' right to specific performance. As this remedy has not been included in the law, these exceptions keep floating in the air so to speak and are quite invisible as such. On the other hand, the (alternative) remedies of termination and alternative compensation have been laid down in the law and provided with exception clauses. I cannot see

any (proper) ground for a treatment of the remedy of specific performance that deviates in this respect. On the contrary. Precisely in view of the primary character of specific performance on the one hand and the exceptions to specific performance as mentioned on the other hand it is advisable in my opinion to provide this remedy of a statutory regulation too. At the end of chapter 11 a suggestion is made for a statutory provision.

Chapter 12 ends with an overview of the most important results of this study.

Lijst van aangehaalde literatuur

Abas 1994

P Abas, 'Boekbespreking', *WPNR* 6152 (1994), p 660-663

Abas 1995

P Abas, 'Boekbespreking', *WPNR* 6165 (1995), p 42-43

Abas 1996

P Abas, 'De vordering tot ontbinding wegens wanprestatie aan redelijkheid getoetst?', *WPNR* 6217 (1996), p 217-218

Abas 2000

P Abas, 'Het recht op ontbinding en toetsing daarvan aan de redelijkheid', *WPNR* 6408 (2000), p 479-480

Abas 2006

P Abas, *Rechterlijke matiging van schulden*, Monografieën BW A16, Deventer Kluwer 2006

Addink 1999

G H Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Monografieën Algemene Wet Bestuursrecht B8, Deventer Kluwer 1999

Asser-Hartkamp I 2004

A S Hartkamp, *Mr C Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht deel I, De verbintenis in het algemeen*, Deventer Kluwer 2004

Asser-Hartkamp II 2005

A S Hartkamp, *Mr C Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht Verbintenissenrecht deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer Kluwer 2005

Asser-Hijma I 1994

Jac Hijma, *Mr C Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten deel I, Koop en ruil*, Deventer W E J Tjeenk Willink 1994

Asser-Hijma I 2001

Jac Hijma, *Mr C Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten deel I, Koop en ruil*, Deventer W E J Tjeenk Willink 2001

Bakels 1993

F B Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss Leiden), Deventer Kluwer 1993

Bakels 1994

F B Bakels, *Wederkerige overeenkomsten en ontbinding wegens tekortkoming*, Monografieën Nieuw BW B58, Deventer Kluwer 1994

Van Ballegooij 2001

G A M van Ballegooij, *De Awb, bestuurlijke besluitvorming*, Studiepockets staats- en bestuursrecht nr 37, Deventer W E J Tjeenk Willink 2001

Beenders en Van 't Hullenaar 2005

D J Beenders en R van 't Hullenaar, 'Artikel 6 265 lid 1 BW in staat van ontbinding?', *WPNR* 6644 (2005), p 903-909

Berenschot 1986

E B Berenschot, 'Burgerlijk recht', *Ars Aequi* 1986 Katern 18, p 703-706

Van den Berg 2001

M A M C van den Berg, 'De keuze tussen nakoming, schadevergoeding of ontbinding en de belangen van de debiteur', *WPNR* 6439 (2001), p 2999-301

Van den Berg 2003

M A M C van den Berg, 'Een innovatieve opening in de fuik van de verzuimers', *WPNR* 6530 (2003), p 355-356

Van den Brink 2005

V van den Brink, 'Verzuim en ingebrekestelling (deel I en deel II)', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005, p 182-186 en p 198-203

Ten Berge en Michiels 2001

J B J M ten Berge en F C M A Michiels, *Besturen door de overheid, Nederlands algemeen bestuursrecht 1*, Deventer W E J Tjeenk Willink

Bestuursrecht 1, Systeem, bevoegdheidsuitoefening 2003

L J A Damen, p Nicolai, J L Boxum e a , *Bestuursrecht Deel 1*, Den Haag Boom Juridische uitgevers 2003

Van Beukering-Rosmuller 2004

E J M van Beukering-Rosmuller, 'Aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden als materieel-rechtelijk conflicthanteringsmechanisme, toegelicht voor contractuele geschillen in commerciële relaties', *NTBR* 2004/9, p 427-438

Van Bijnen 2003 (I en II)

R H J van Bijnen, 'Naar een wederzijds voordelige remedie bij teleurstellende contracten (I) en (II,slot)', *WPNR* 6547 (2003), p 710-715 en *WPNR* 6548 (2003), p 735-740

Van Bijnen 2005

R H J van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss Tilburg), Den Haag Boom Juridische Uitgevers 2005

Brunner 1981

C J H Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *VR* 1981, p 210-217 en 233-236

Buruma 2001

Y Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Studiepockets strafrecht nr 34, Deventer W E J Tjeenk Willink 2001

Buruma 2003

Y Buruma, 'Noodweer in de bus', *Ars Aequi* 2003, p 113-117

Chao-Duivis 2004

M A B Chao-Duivis, 'Ingebrekestellingsperikelen in het algemeen en in het ontwerpersrecht', *Bouwrecht* 2004/11, p 937-949

Cleiren 1989

C P M Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss Leiden), Arnhem Gouda Quint 1989

Cleiren 1990

C P M Cleiren, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur', *DD* 1990/6, p 497-514

Corstens 2005

G J M Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer Kluwer 2005

Dokter 2001

D Dokter, *Risico bij koopovereenkomsten* (diss EUR), Den Haag Boom Juridische uitgevers 2001

Dorhout Mees 1963

T J Dorhout Mees, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 4762 (1963), p 157-160

Drion 2004

C E Drion, 'Ontbinding naar een nieuw systeem', *NJB* 2004, p 2079

Van Dunné 2001

J M van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1 Contractenrecht*, Deventer Kluwer 2001

Eggens 1959

J Eggens, 'Over het wezen van misbruik van recht', in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, deel 2*, Alphen aan den Rijn Samsom 1959, p 116-132

Enschedé/Bosch/Sutorius 2002

Ch J Enschedé, M Bosch en E Ph R Sutorius, *Beginselen van strafrecht*, Deventer Kluwer 2002

Feenstra 1989

A J Feenstra, 'Ontbinding, zuivering en crediteursverzuim in het Nieuw BW', *WPNR* 5901 (1989), p 37-41

Feenstra 1990

A J Feenstra, 'Ontbinding door middel van een verklaring, wel en wee in het BW', *WPNR* 5973 (1990), p 555-561

Feenstra 1994

A J Feenstra, 'Beeindiging van schuldenaarsverzuim door nakoming', in *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer Kluwer 1994, p 79-91

Feenstra 1997

A J Feenstra, 'Nakoming door de tekortschietende verkoper en de macht van de koper', *NTBR* 1997/8, p 243-248

Feenstra 1998

A J Feenstra, 'Het aanbod tot betaling van schadevergoeding en kosten in art 6:86 BW harmonie- of conflictmodel', *WPNR* 6319 (1998), p 408-412

Feenstra 1998a

A J Feenstra, 'De grondslag van bijkomende schadevergoeding', *WPNR* 6336 (1998), p 733-737

Frenk 2002

N Frenk, 'Europese aanpassing van de consumentenkoop', *NbbW* 2002, p 106-111

Van Gerven 1991

W van Gerven, 'Het evenredigheidsbeginsel een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst', in *In het nu wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer Kluwer 1991, p 75-86

Van Gerven 1995

W van Gerven, 'Het proportionaliteitsbeginsel', in *De norm achter de regel* (Storme-bundel), Deurne E Story Scientia 1995, p 3-17

Haas 2005

D Haas, 'Gevolgschade en het recht op een tweede kans, de verzuimregeling in perspectief', *WPNR* 6623 (2005), p 435-446

Haentjens en Haffmans 1981

R C P Haentjens en Ch Haffmans, 'Overmacht in het strafrecht nader beschouwd', *DD* 1981/11, p 816-834

Hammerstein en Vranken 1997

A Hammerstein en J B M Vranken, 'Beeindigen en wijzigen van overeenkomsten', in *Miscellanea Jurisconsulto vero Dedicata* (Van Dunné-bundel), Deventer Kluwer 1997, p 115-128

Hammerstein 1998

A Hammerstein, 'Boekbespreking', *Trema* 1998, p 149-151

Hammerstein en Vranken 1998

A Hammerstein en J B M Vranken, *Beeindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, Deventer Kluwer 1998

Hammerstein en Vranken 2003

A Hammerstein en J B M Vranken, *Beeindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografieën Nieuw BW A10, Deventer Kluwer 2003

Hartkamp 2002

A S Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Monografieën Nieuw BW A1, Deventer Kluwer 2002

Hartkamp en Stolp 2003

A S Hartkamp en M M Stolp, 'Een niet ingestelde vordering tot cassatie in het belang der wet', *Trema* 2003/9, p 367-372

Hartlief 1994

T Hartlief, *Ontbinding* (diss Groningen), Deventer Kluwer 1994

Hartlief 1997

T Hartlief, 'Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht', *Ars Aequi* 1997, p 196-202

Hartlief 2000

T Hartlief, 'De Hoge Raad en het verzuimvereiste', *WPNR* 6427 (2000), p 899-901

Hartlief en Stolp 2000

T Hartlief en M Stolp, 'De ontbinding wegens tekortkoming aan banden gelegd de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit als nieuw referentiekader', in J Smits en S Stijns (red), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen – Groningen Intersentia Uitgevers 2000, p 245-270

Hartlief 2003

T Hartlief, 'De begrenzing van bevoegdheden terzake van niet-nakoming', in T Hartlief e a, *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer Kluwer 2003, p 57-74

Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996

J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.

Hesselink 2001

M.W. Hesselink, 'The principles of European Contract Law: some choices made by the Lando Commission', in: *Principles of European Contract Law*, preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2001, p. 9-103.

Hijma 1994

Jac. Hijma, 'Evenredigheid bij gedeeltelijke ontbinding', *WPNR* 6137 (1994), p. 357-358.

Hijma 1998

Jac. Hijma, 'Het 'algemeen deel' van het kooprecht', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!*, *BW-krant jaarboek 1998*, Deventer Gouda Quint 1998, p. 151-164.

Hijma 2002

Jac. Hijma, 'Factoren binnen de toerekening naar redelijkheid', in: *Schadevergoeding een eeuw later* (Bloembergen-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 79-81.

Hijma 2003

J. Hijma, 'De rechtsmiddelen van de consument-koper; richtlijn 1999/44 en de Nederlandse wet', in: J. Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 29-39.

Hondius 1994

E.H. Hondius, 'Recensies', *NTBR* 1994/9, p. 218-220.

De Hullu 2003

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2003.

Jansen 2004

C.J.H. Jansen, 'Noodweer als rechtvaardigingsgrond in het onrechtmatigedaadsrecht: naar aanleiding van D. 9, 2, 52, 1', *RM Themis* 2004/3, p. 120-126.

Janssen en Van Rossum 2004

M.A.J.G. Janssen en M.M. van Rossum, 'Verzuim en ingebrekestelling bij schadevergoeding en ontbinding', *NTBR* 2004/2, p. 62-72.

Janssen 2005

J.F.M. Janssen, 'Heroriëntatie op de ingebrekestelling', *NTBR* 2005/8, p. 353-366.

De Jong 1993

G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Monografieën Nieuw BW B33, Deventer: Kluwer 1993.

De Jong 1999

G.T. de Jong, 'Gedragsregels bij ontbinding', *NTBR* 1999/2, p. 38-43.

De Jong 2001

G.T. de Jong, 'Wel of niet een ingebrekestelling: een doolhof met hoofdroutes', *NJB* 2001, p. 708-713.

De Jong 2003

G.T. de Jong, 'Over communicatie en differentiatie bij ontbinding van wederkerige overeenkomsten', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, *BW-krant jaarboek 19*, Deventer: Kluwer 2003, p. 75-90.

De Jong en Wissink 2003

G.T. de Jong en M.H. Wissink, 'Inleiding', in: G.T. de Jong e.a. (red.), *Algemeen-Bijzonder*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-5.

De Jong 2005

G.T. de Jong, 'Het afnemend werkingsgebied van de ingebrekestelling', *NTBR* 2005/7, p. 288-296.

De Jong 2006

G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Monografieën BW B33, Deventer: Kluwer 2006.

Jordaans 1997

J.P. Jordaans, 'Opschorting en ontbinding huurovereenkomst wegens gebreken van de verhuurde zaak', *Bb* 1997/21, p. 189-192.

Klik 2003

P. Klik, 'De koopovereenkomst', in: P.G.J. van den Berg en W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 187-224.

Klik 2004

P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Kluwer 2004.

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

Kelk 2001

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.

De Lange 1991

R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Leijten 2001

M.A. Leijten, 'Tekortkoming: nakoming of schadevergoeding?', *NbBW* 2001/5, p. 43-46

Lensing en Mulder 1994

J.A.W. Lensing en G.E. Mulder, *Hoofdbeginselen van strafprocesrecht*, Studiepockets strafrecht nr. 27, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Linssen 1997

J.G.A. Linssen, 'Ontbinding als ultimum remedium', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Deventer: Kluwer 1997, p. 57-69.

Loos 2003

M.B.M. Loos, 'Consumentenkoop en garanties volgens het herziene consumentenkooprecht', *NTER* 2003, p. 155-161.

Loos 2004

M.B.M. Loos, *Consumentenkoop*, Monografieën Nieuw BW B65b, Deventer: Kluwer 2004.

Machielse 1986

A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht* (diss. VU), Amsterdam: Stichting Onderzoek Recht en Beleid 1986.

Maeijer 1985

J.M.M. Maeijer, 'Matiging van schadevergoeding', *AA* 1985, p. 727-733.

Menu en Van Erp 1991

J.M.M. Menu en J.H.M. van Erp, 'Niet-nakoming naar huidig en nieuw recht: een traploze overgang? (I) / (II slot)', *WPNR* 6020 (1991) / *WPNR* 6021 (1991), p. 661-667 / p. 681-688.

Van der Meulen 1991

B. van der Meulen, 'De normering van het feitelijk handelen der overheid', *NTB* 1991/9, p. 267-278.

De Moor-Van Vugt 1995

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. KUB), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Nicolai 1990

P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1990.

Nicolai 1991a

P. Nicolai, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 1991/6, p. 186-195.

Nicolai 1991b

P. Nicolai, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 1991/1, p. 29-38.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1995 I en II

J.H. Nieuwenhuis, 'Vernietigen, ontbinden of aanpassen (I) en (II)', *WPNR* 6164 (1995), p. 23-26 en *WPNR* 6165 (1995), p. 37-41.

Van Nispen 2003

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Monografieën NBW A11, Deventer: Kluwer 2003.

Olthof 1988

M.M. Olthof, 'Causaliteit bij wanprestatie', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Oud en nieuw, BW-krant jaarboek 1988*, Leiden 1988, p. 37-42.

Olthof 1995

M.M. Olthof, 'Causaliteitscriteria bij wanprestatie', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Europees contractenrecht, BW-krant jaarboek 1995*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 83-94.

Peletier 1999

M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

PG Awb I

E.J. Daalder en G.R.J. de Groot, *Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 208-215.

Reurich 1998

L. Reurich, 'Risico en proportionaliteit', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!, BW-krant jaarboek 1998*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 49-63.

Van Rossum 1997

M.M. van Rossum, 'Het recht op ontbinding en de gerechtvaardigde belangen van partijen', *NJB* 1997, p. 577-580.

Van Schaick 2004

A.C. van Schaick, 'Het verzuim bij verbintenissen tot op- en aflevering', *NTBR* 2004/9, p. 446-448.

Schelhaas 2004

H N Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss Utrecht), Kluwer Deventer 2004

Van Schellen 1985

J van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid*, Studiepockets privaatrecht nr 35, Zwolle Tjeenk Willink 1985

Schoordijk 1979

H C F Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer Kluwer 1979

Schoordijk 1984

H C F Schoordijk, 'Boekbespreking', *WPNR* 5719 (1984), p 715-717

Schoordijk 1986

H C F Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer Kluwer 1986

Schut 1978

G H A Schut, 'De aard van de aansprakelijkheid en van de schade', *RMTh* 1978, p 380-403

Sieburgh 2003

C H Sieburgh, 'Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2003, p 647-689

Smits 1999

J M Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten parallellen en verschillen*, Studiepockets Privaatrecht nr 56, Deventer W E J Tjeenk Willink 1999

Smits 2000

J Smits, 'De verkrijging van schadevergoeding bij niet-nakoming', in J Smits en S Stijns (red), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen – Groningen Intersentia Uitgevers 2000, p 115-140

Smits 2000a

J M Smits, 'Naar een nieuw Europees consumentenkooprecht', *NJB* 2000, p 1825-1830

Smits 2000b

J M Smits, 'Wie is er bang voor de *actio quanti minoris*? Over een onvermijdelijke Europese ontwikkeling', *WPNR* 6419 (2000), p 685-686

Smits 2001

J M Smits, 'De voorgenomen implementatie van de richtlijn consumentenkoop een gebrek-kig wetsvoorstel', *WPNR* 6470 (2001), p 1047-1049

Smits 2003

J Smits, 'De richtlijn consumentenkoop en het Nederlandse recht', in J Smits (red), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag Boom Juridische uitgevers 2003, p 1-27

Smits 2004

J M Smits, *Niet-nakoming*, Nijmegen Ars Aequi Libri 2004

Stijnen 2003

R Stijnen, 'Evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter', *NJB* 2003, p 1946-1953

Stolp 1999

M M Stolp, 'Grenzen aan de uitoefening van bevoegdheden in de contractuele sfeer, meten met twee maten?', in T Hartlief en C J J M Stolker (red), *Contractvrijheid*, Deventer Kluwer 1999, p 501-515

Stolp 2000

M M Stolp, 'De bevoegdheid tot ontbinding ex art 6:265 lid 1 in het licht van de subsidiariteit en proportionaliteit', *NTBR* 2000/8, p 352-360

Stolp 2001

M.M. Stolp, 'De keuze voor nakoming: vrijheid, blijheid?', *NTBR* 2001/7, p. 380-384.

Stolp 2006

M.M. Stolp, 'Het verzuim gezuiverd', in: *Hartkampvariantes*, Deventer: Kluwer 2006, p. 109-118.

Streefkerk 1986

C.A. Streefkerk, 'De Memorie van Antwoord op de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW (wijziging van Boek 6) en aanverwante wetgevingsstukken (IV)', *WPNR* 1986 (5790), p. 431-435.

Streefkerk 1998

C.A. Streefkerk, 'Ontbinding en opschorting als reactie op onderhoudsgebreken bij huur', *NTBR* 1998/1, p. 1-8.

Streefkerk 2004

C.A. Streefkerk, 'Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie. Een kritische beschouwing van wetgeving en rechtspraak', *NTBR* 2004/1, p. 2-32.

Struik 1983

H. Struik, 'Vooruitlopen op tekortkoming bij niet-opeisbare verbintenissen volgens het NBW', *Ars Aequi* 1983, p. 699-705.

Van Swaaij 1998

J.H.M. van Swaaij, 'Art. 6:74 lid 2, bijkomende schadevergoeding en de eis van verzuim', *WPNR* 6316 (1998), p. 345-346.

Tjittes 2000

R.P.J.L. Tjittes, 'Punitief contractenrecht', *RM Themis* 2000/2, p. 41-42.

Tjittes 2001

R.P.J.L. Tjittes, 'Het recht op nakoming', *RM Themis* 2001/6, p. 161-162.

Tjong Tjin Tai 2004

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Garantie, nakoming en schadevergoeding', *WPNR* 6577 (2004), p. 363-368.

Valk 1997

W.L. Valk, 'Reacties: Het recht op ontbinding en de Hoge Raad', *NJB* 1997, p. 1222.

Valk 1997a

W.L. Valk, 'Uitzonderingen op het recht op ontbinding', *NbBW* 1997/5, p. 56-59.

Valk 1999

W.L. Valk, 'Rechtvaardigt de tekortkoming de ontbinding?', *NbBW* 1999/12, p. 143-145.

Valk 2003

W.L. Valk, 'Het recht op ontbinding in de praktijk van de rechtspraak', *NTBR* 2003/3, p. 132-137.

Vegter 1991

J.B. Vegter, 'Opmerkingen over juridische gebondenheid in verband met de begrippen nakoming, schadevergoeding en verhaalsaansprakelijkheid (I) en (II)', *WPNR* 5996 (1991), p. 153-159 en *WPNR* 5997 (1991), p. 169-173.

Veldhuizen 2003

M. Veldhuizen, 'Een nieuwe jas voor Mol c.s./Meijer Beheer BV (HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562)', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 91-100.

Veldman 2001

M. Veldman, 'Grenzen aan het recht op nakoming', *WPNR* 6455 (2001), p. 727-738.

Verbintenissenrecht algemeen (De Jong) 2004

C.J.H. Brunner en G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2004.

Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding (Hartlief) 2003

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2003.

Vranken 1989

J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 126-151.

De Vries 1995

G.J.P. de Vries, 'Recensie', *NJB* 1995, p. 183-185.

De Vries 1997

G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, Studiepockets Privaatrecht nr. 32, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

De Vries 2000

G. de Vries, 'Recht op nakoming in het Belgisch en Nederlands contractenrecht', in: J. Smits en S. Stijns (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen – Groningen: Intersentia Uitgevers 2000, p. 27-50.

De Vries 2001

G.J.P. de Vries, 'Are the Principles of European Contract Law better than Dutch Contract Law?', in: *Principles of European Contract Law*, preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2001, p. 107-186.

De Vries 2002

G.J.P. de Vries, 'Niet-nakoming van verbintenissen en open normen', *WPNR* 6472 (2002), p. 19-28.

De Vries 2002a

G.J.P. de Vries, *Remedies op grond van niet-nakoming van internationale contracten in het licht van de PECL*, Serie Contracteren in de internationale praktijk, Deventer: Kluwer 2002.

Wissink 1998

M.H. Wissink, 'Gedeeltelijke ontbinding wegens derving van huurgenot; begrip 'tijdelijke onmogelijkheid'', *NbbW* 1998/1, p. 2-6.

Wissink 2002

M.H. Wissink, 'Te late omzetting van de richtlijn betalingsachterstanden: de overheid moet na 8-8-2002 ondernemers extra wettelijke rente vergoeden', *WPNR* 6499 (2002), p. 553-554

Wissink 2003

M.H. Wissink, 'Ongerechtvaardigde verrijking als alternatief voor wanprestatie', in: T. Hartlief e.a., *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 75-95.

Wissink en Van Wechem 2006

M.H. Wissink en T.H.M. van Wechem (red.), *Betalingsachterstanden bij handelstransacties De richtlijn betalingsachterstanden in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Rechtspraakregister

Hoge Raad

HR 20 januari 1921, *NJ* 1921, p. 363-365 (Zwanenberg/Böker)
HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 m.nt. PhANH (Burgman/Aviolanda)
HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp)
HR 16 januari 1959, *NJ* 1960, 46 (Benzol)
HR 9 mei 1969, *NJ* 1969, 338 m.nt. HD (Van der Pol c.s./De Jong)
HR 25 juni 1971, *NJ* 1971, 398 m.nt. GJS (Simonis/Bugshan)
HR 29 oktober 1971, *NJ* 1972, 40 m.nt. GJS (Canter/Stephenson)
HR 21 mei 1976, *NJ* 1977, 73 m.nt. GJS (Oosterhuis/Unigro)
HR 24 september 1976, *NJ* 1977, 115 m.nt. PZ (Van Vreckom/Erra)
HR 22 mei 1981, *NJ* 1982, 59 m.nt. CJHB (Van der Gun/Farmex)
HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 626 m.nt. CJHB (Automatic Signal/De Haas)
HR 2 april 1982, *NJ* 1983, 367 m.nt. CJHB
HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 695 m.nt. CJHB (Gallas/Mozes en Oskam)
HR 5 november 1982, *NJ* 1984, 125 m.nt. CJHB
HR 30 november 1984, *NJ* 1985, 232 (Plieger/Van Delft)
HR 18 oktober 1985, *NJ* 1986, 338 m.nt. PAS (Dohdoh/Orchidflower)
HR 15 mei 1987, *NJ* 1987, 830 (Sopar/Gronex)
HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 295 m.nt. PAS (Sloots/Lazaroski)
HR 10 augustus 1992, *NJ* 1992, 715 (Lensink/Van Koppenhagen)
HR 15 januari 1993, *NJ* 1993, 193 (Oosterhuis/Buitenhuis)
HR 29 oktober 1993, *NJ* 1994, 107 (Kraaiende hanen)
HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 155 m.nt. PAS (Verhage/AWV)
HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 317 (Abbas/Woningbouwvereniging)
HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 451 m.nt. PAS (Post/Van Kampen)
HR 20 mei 1994, *NJ* 1995, 691 m.nt. CJHB (De negende van OMA)
HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp c.s./Regency Residence NV)
HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 489 (Van der Wal/Junius)
HR 20 september 1996, *NJ* 1996, 748 (Büchner/Wies)
HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 m.nt. PAS (Van Bommel/Ruijgrok)
HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 641 (Budde/Toa Moa Cruising Limited)
HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 719 m.nt. JH (Setz/Brunings)
HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 197 (De Bruin/Meiling)
HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 380 m.nt. PAS (Van der Meer/Beter Wonen)
HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 444
HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 510
HR 22 oktober 1999, *NJ* 2000, 208 m.nt. JH (Twickler/R.)
HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 258 (Kinheim/Pelders)

HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 m.nt. JBMV (Mol c.s./Meijer Beheer BV)
 HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275 (De Preter/Van Uitert)
 HR 7 april 2000, *NJ* 2000, 499 m.nt. JBMV
 HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 691 (Verzicht/Curator Rowi)
 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou)
 HR 9 februari 2001, *JOL* 2001, 108
 HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 m.nt. JH (Schwarz/Gnjatovic)
 HR 29 maart 2002, *NJ* 2002, 270
 HR 26 april 2002, *NJ* 2004, 210 m.nt. JH (Sparrow c.s./Van Beukering)
 HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 458 m.nt. JH (Caribbean Bistros/Club Caraibeen)
 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 257 m.nt. JH (Fraanje BV/Götte Beheer BV)
 HR 20 december 2002, *JOL* 2002, 708
 HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 36 (Bolk c.s./Schürgers)
 HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 21
 HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 237 (Van der Heiden/Bubbels)
 HR 22 oktober 2004, *NJ* 2006, 597 m.nt. JH (Endlich/Bouwmachines)
 HR 29 oktober 2004, *NJ* 2005, 79 (De Nijs/Fakkeldij)
 HR 18 maart 2005, *JOL* 2005, 159
 HR 24 juni 2005, *JOL* 2005, 385
 HR 2 september 2005, *JOL* 2005, 453
 HR 4 november 2005, *JOL* 2005, 621
 HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 80
 HR 3 februari 2006, *RvdW* 2006, 168
 HR 7 april 2006, *RvdW* 2006, 374

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 10 februari 1983, *NJ* 1987, 315

Gerechtshoven

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 november 1993, *Prg* 1994, 4040
 Gerechtshof Arnhem 2 april 1996, *NJ* 1996, 689.
 Gerechtshof Arnhem 18 september 2001, *NJ* 2002, 304
 Gerechtshof 's-Gravenhage 25 september 2002, *NJ* 2003, 128
 Gerechtshof Amsterdam 22 juli 2004, *NJ* 2005, 111

Rechtbanken

Rb. Middelburg 21 januari 1994, *KG* 1994, 74
 Rb. Amsterdam 12 februari 1997, *VR* 1997, 145
 Rb. Leeuwarden 25 juni 1998, *BR* 1998, 978
 Rb. Zwolle 14 oktober 1998, *Prg*. 1999, 5181
 Rb. Rotterdam 8 april 1999, *JOR* 1999, 111
 Rb. Arnhem 17 november 2004, *NJF* 2005, 79

Kantonrechters

- Ktg Utrecht 13 oktober 1994, *Prg* 1995, 4228
- Ktg Amsterdam 24 september 1996, *TvC* 1997, p 57
- Ktg Assen 14 oktober 1996, *Prg* 1997, 4703
- Ktg Utrecht 11 december 1996, *Prg* 1997, 4739
- Ktg Emmen 9 april 1997, *Prg* 1997, 4830
- Ktg Apeldoorn 7 oktober 1998, *Prg* 1999, 5083
- Ktg Apeldoorn 31 maart 1999, *Prg* 1999, 5362
- Ktg Leeuwarden 27 april 1999, *Prg* 1999, 5370
- Ktg Eindhoven 2 november 2000 en 25 januari 2001, *Prg* 2001, 5632
- Ktg Zwolle 26 maart 2002, *Prg* 2002, 5912

Curriculum vitae

Myrthe Stolp is geboren op 18 januari 1972 te Heemstede. Na voltooiing van haar vooropleiding gymnasium alpha, studeerde zij rechten aan de Universiteit Leiden. In augustus 1997 studeerde zij af in Nederlands recht (met genoegen). In de periode tussen oktober 1997–oktober 2001 was zij als assistent-in-opleiding werkzaam bij de afdeling Burgerlijk Recht aan de Universiteit Leiden. Sinds 1 december 2001 is zij werkzaam bij het Wetenschappelijk Bureau (civiel) van de Hoge Raad der Nederlanden.

